
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 759 700


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

1885
4

2

86

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES DANS LES LÉGISLATIONS FRANÇAISE ET PRUSSIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Marcel DROUETS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DOUAI

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES DANS LES LÉGISLATIONS FRANÇAISE ET PRUSSIENNE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE MERCREDI 27 JUIN 1888, A MIDI

PAR

Marcel DROUETS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DOUAI

Sous la présidence de M. ALGLAVE, professeur

Suffragants { MM. LABBÉ, LYON-CAEN } professeurs. MASSIGLI, agrégé.

DIJON

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1888

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MA MARRAINE

A MES FRÈRES

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

DE LA

CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

INTRODUCTION

« *Quiçonque s'oblige, oblige le sien* » tel est le principe que nous trouvons dans notre code civil et que nous considérons comme un axiôme. La garantie d'une obligation n'est-elle pas dans les biens du débiteur? La fortune ne doit-elle pas répondre de l'exécution des engagements? Ce principe si clair, si évident pour nous n'a pas dominé les origines de la législation romaine, A cette époque on ne dégage pas encore nettement la notion du patrimoine distincte de l'individualité, on ne conçoit pas encore la poursuite des biens par dessus la tête du débiteur. La dette a pour garantie la personne même du débiteur et c'est contre la personne que les voies d'exécution déploient toute leur rigueur. La procédure barbare de l'*in manus injectio* et de l'*addictio* peuple les prisons privées de débiteurs malheureux que décime la transportation *trans Tiberim* et même les exécutions capitales. La contrainte par corps, qui n'a jamais été chez nous qu'une voie d'exécution exceptionnelle, était à l'origine le droit

commun des Romains (1). La loi *Pœtelia* (de 425 U. C. d'après Tite-Live, 435 d'après Varron) rendue sous la pression de l'émeute, proclame que les poursuites s'exerceront désormais sur les biens *pecuniæ creditæ bona debitoris non corpus obnoxium esset* (2). Il était dès lors nécessaire d'organiser les moyens de poursuivre ces biens, formant désormais le gage des créanciers, et c'est ce que le Préteur fait en organisant la procédure de la *missio in possessionem* et de la *bonorum venditio*. Ces modes d'exécution favorables à l'ensemble des créanciers et propres à maintenir entre eux l'égalité, ne satisfaisaient pas les intérêts particuliers de tel ou tel créancier.

Par suite du développement de l'Etat romain, de ses rapports plus fréquents avec les autres peuples, le commerce et l'industrie vont en prospérant. Le cercle des affaires s'élargissant, les relations commerciales s'étendant, les capitaux s'accumulent et cherchent leur emploi. Il devient de plus en plus difficile pour le commerçant et pour le capitaliste de limiter son crédit à ceux dont il connait la solvabilité et l'honorabilité personnelle et qu'il lui est facile de surveiller de près. A cause de cette vie nouvelle, de ces rapports si fréquents, le créancier ne peut plus se contenter d'une simple promesse du débiteur, il exige d'autres moyens de garantie, des cautions, des gages.

Ces deux types de sûreté ont absolument le même but et pourtant ce n'est pas seulement leur mise en mouvement qui diffère, mais tout l'ensemble de leurs caractères. Le cautionnement repose sur une idéé l'obligeance, s'engager pour garantir autrui est un acte exclusif de l'égoïsme ; ce n'est que dans un milieu où dominent les sentiments de fraternité qu'on rencontrera la volonté de cautionner. Le gage apparaitra

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 14.
(2) Tite-Live, VIII, 28.

au contraire comme principale sûreté, là où les rapports sociaux étant moins étroits, l'individualité prédominera. Le gage sera en un certain point inférieur au cautionnement, car il n'offrira pas comme celui-ci une garantie morale à côté de la sûreté matérielle. La prédominence de l'un ou de l'autre de ces deux modes de constitution de sûreté peut être interprétée comme un indice de l'état de civilisation d'un peuple ou d'une classe.

La garantie naturelle est la garantie par caution, elle reste sur le terrain du droit des obligations sans rechercher de moyens étrangers. Il est naturel que celui qui cherche du crédit invoque en sa faveur le témoignage d'associés mieux connus du capitaliste, qui s'engageront à côté de lui pour la même obligation. Par ces engagements multiples le créancier obtient une garantie plus solide reposant dans un plus grand nombre de débiteurs répondant tous de la dette au prix de leurs personnes et de leurs fortunes ; le danger qui peut résulter de l'insolvabilité de l'un ou de l'autre débiteur s'amoindrit. Non moins importante est la garantie morale que puise le créancier dans l'intervention des cautions : ce ne sont pas seulement des témoins de la capacité économique et morale du débiteur, témoins dont la véracité est assurée par le serment et l'engagement de la personne et de la fortune, mais ils apparaissent comme des garants de la loyauté du débiteur et sont contraints, dans leur propre intérêt, de le poursuivre au premier signe de défaillance. Un système de cautions servira surtout de base sérieuse au crédit, si ces cautions appartiennent à des associations ou familles dans lesquelles le salut d'un membre importe à tous les autres, qui par honneur de classe ne lui refuseront pas leur appui. Là ou ces liens se relâchent, où le sentiment de commune union disparait, où chacun est condamné à

lutter isolément contre les exigences de la vie, naitra avec la difficulté de se procurer des cautions le besoin de chercher d'autres moyens de sûreté.

Alors apparait l'idée de la sûreté réelle, personne n'intervient plus en tiers à l'obligation, c'est la chose qui va être abandonnée au créancier pour lui permettre de se satisfaire au cas de non paiement à l'échéance. Ce mode de garantie n'offre pas comme la caution témoignage de la probité et de l'honorabilité du débiteur, il contient plutôt en lui l'idée de méfiance, en déterminant d'avance l'objet de l'exécution pour le cas de non-paiement. Par contre la mise en gage est régulièrement plus facile et plus commode que la constitution de cautions. Une des raisons de l'admission du gage matériel à titre de garantie est peut être l'envahissement de Rome par les Pérégrins, il était impossible à ces nouveaux venus étrangers aux vieilles familles romaines, de se procurer facilement des cautions, et sous peine de rester absolument sans garantie, les créanciers durent se résigner à admettre l'affectation d'objets spécialement désignés à la garantie des dettes.

Les Romains ont connu à l'époque de la République les deux procédés, gage et caution, mais dans une proportion bien inégale; le gage fut d'abord exceptionnel tandis que la caution était le droit commun. Le système des cautions convenait mieux à cette communauté de classes constituées où dominaient les liens de gentilité et de famille, les coteries, les amitiés de partis, de telle sorte que jamais les citoyens ne manquaient de parents, d'amis disposés à le cautionner. L'usage des cautions était général, l'Etat lui-même dans ses rapports avec les citoyens exigeait avant tout des *prædes* et comme auxiliaires seulement des *prœdia*; le Prêteur exigeait que les parties qui devaient fournir garantie en les divers états d'un procès se donnassent des *sponsores*. Enfin dans les rapports

libres entre individus, les cautions furent la règle, aucune affaire importante ne se traitait sans l'échange réciproque de cautions.

Ainsi la caution apparaît à Rome comme un organe important du mouvement commercial, comme une institution dont la conservation et le développement importent à l'intérêt public. La preuve se trouve dans toutes les lois édictées au vᵉ siècle pour restreindre et alléger l'obligation des cautions. Les lois *Furia, Pompeia, Cornelia*, n'ont d'autre but que de faciliter la charge de caution à laquelle beaucoup de citoyens veulent se soustraire, et qui, à une époque de trouble, peut être une cause de ruine. Dès lors la caution et le gage tendent de plus en plus à se placer sur la même ligne. La volonté de cautionner diminue avec l'affaiblissement de la vie politique qui coïncide avec la fin de la République, avec la disparition des vieux liens de gentilité et de famille, avec l'accroissement de l'égoïsme privé. En outre les privilèges accordés aux cautions rendent le cautionnement moins propre aux besoins du commerce, tandis que le gage gagne par le développement de l'hypothèque une forme plus commode. La durée plus longue de la garantie, l'absence de restrictions remplacent pour le créancier la garantie morale supérieure qu'offrait la caution, et Pomponius peut dire : *Plus cautionis in re est quam in personâ* (1).

Cette observation que le crédit à Rome reposait essentiellement sur la constitution de cautions, que le gage n'acquit qu'assez tard une importance générale peut expliquer comment les Romains n'ont connu assez longtemps que les formes du gage civil si difficiles à manier.

La forme que le droit romain a employée la pre-

(1) Loi 25, D., L., 17.

mière pour donner aux obligations la protection du gage, était un transfert solennel de la propriété, de la part du débiteur au créancier, sous la condition du retransfert après l'acquittement de la dette. L'aliénation transporte au créancier la propriété de la chose, mais entre les contractants le *pactum fiduciæ* réduit le rapport absolu à la mesure du but du gage. La *mancipation avec fiducie* n'était pas un procédé spécial à la mise en gage, mais une application spéciale d'un procédé général, tout autre opération juridique, par exemple un dépôt, pouvant se faire sous cette forme.

Le créancier acquérait par ce moyen une sûreté complète, car il devenait propriétaire de la chose, armé de la revendication s'il arrivait à la perdre et par conséquent pleinement garanti. Mais à l'inverse, la situation du débiteur ne laissait pas que d'être fâcheuse, il se trouvait privé de sa chose dont la valeur pouvait être bien supérieure à sa dette, il était dépouillé de sa propriété. Le créancier, acquéreur avec fiducie, se trouvait cumuler en réalité les qualités de gagiste et de propriétaire, il ne pouvait, il est vrai, vendre la chose avant l'échéance, mais cette prohibition pouvait être sans sanction, le débiteur n'ayant au cas de vente avant l'échéance qu'une action personnelle contre le créancier, recours illusoire si celui-ci était insolvable. Pour remédier à la situation fâcheuse que faisait au débiteur la perte de la possession de sa chose, il était d'usage de lui laisser la possession et la jouissance, soit à titre de précaire, soit à titre de loyer (1).

Au jour du paiement de la dette, le créancier devait, sous peine d'infamie. retransférer au débiteur la propriété de sa chose, car le paiement de sa dette ne lui faisait pas revenir de plein droit son bien. Toutefois la jurisprudence lui donna un moyen de rentrer plus fa-

(1) Gaius, *Com.*, II, § 60.

cilement dans sa propriété, l'*usureceptio*, quand il avait possédé son bien pendant un an, il en redevenait propriétaire. Cette *usureceptio* ne reposait pas sur une distinction de la propriété quiritaire et bonitaire, car rien n'indique dans les textes le partage du *dominium* en ce cas. C'est une institution spéciale qui se différenciait de l'usucapion ordinaire par des traits distinctifs : d'abord, absence de juste titre ; absence de bonne foi, car en droit le débiteur sait n'être pas propriétaire ; délai d'un an dans tous les cas, qu'il s'agisse d'un meuble ou d'un immeuble. Si l'on examine attentivement cette institution spéciale et si l'on va au fond des choses, on voit qu'en fait la pratique qui l'a créée s'est écartée de la rigueur des principes. D'après eux la propriété est passée tout entière du débiteur au créancier, tandis qu'en fait, le débiteur est censé rester jusqu'à un certain point propriétaire de la chose mancipée (1).

Telle est la première étape dans l'histoire de l'hypothèque à Rome. On considère généralement l'aliénation avec fiducie comme un procédé barbare et digne d'un peuple dans l'enfance. Il faut reconnaitre qu'elle offrait de sérieux inconvénients, mais elle avait au moins cet avantage sur l'hypothèque, qui se développa plus tard comme son perfectionnement, d'indiquer l'objet sur lequel elle portait et de n'être pas, comme l'hypothèque, une garantie dont l'assiette mal définie ne pouvait que réserver aux tiers de désagréables surprises. En somme l'aliénation avec fiducie fut un des meilleurs instruments de crédit que connurent les Romains, et ce qui prouve ses avantages, c'est sa durée : en 395, il en est fait mention concurremment avec le gage et l'hypothèque dans la loi 9 au Code Théodosien XV, 14.

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 46.

Un autre procédé de mise en gage que le droit civil a connu, et cela de bonne heure, est le *pignus*, procédé plus simple mais moins sûr pour le créancier. Dans le *pignus* le débiteur ne transfère plus au créancier la propriété de sa chose, mais seulement la possession. Le débiteur demeurant propriétaire est dans une situation préférable à celle que lui crée l'aliénation avec fiducie, car il conserve la revendication, mais ce que gagne le débiteur, le créancier le perd, car il n'eut vraisemblablement à l'origine que le droit de rétention. Ce n'est que plus tard que les interdits possessoires créés par le droit prétorien, lui furent accordés pour recouvrer son gage dont la possession venait à lui échapper.

Le créancier gagiste, nanti seulement de la possession, ne pouvait songer à aliéner le gage, s'il n'était pas payé a l'échéance.

Le droit d'aliéner la chose mise en gage ne fut d'abord qu'un élément accidentel du droit de gage et dût être expressément stipulé (1). L'utilité de cette stipulation la rendit probablement fort usuelle ; le contrat de gage étant un contrat de bonne foi, elle fut sous entendue et, il fallut une clause formelle pour l'exclure (2) « *si non convenerit de distrahendo pignore hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere, si modo non convenit ne liceat.* » Telle fut la solution de l'époque classique ; mais sous Justinien, la faculté d'aliéner qui n'était que de la nature du droit de gage, devint de son essence, et la clause prohibitive fut interprétée en ce sens, que le créancier ne pourrait vendre qu'après trois dénonciations au débiteur.

Le *pignus* portait le plus souvent sur des objets mobiliers, c'est ce que Gaius nous dit dans la loi 238, § 2, D., L., 16, tandis que l'aliénation avec fiducie avait

(1) Gaius, *Com.*, II, § 64.
(2) Loi 4, D., XIII, 7.

son champ d'application principal sur le terrain immobilier. Mais ceci n'est vrai qu'en fait, car en droit on peut aliéner sous clause de fiducie une chose mobilière (1) et constituer un *pignus* sur un immeuble. Toutefois pour la mise en gage des immeubles, cette forme du *pignus* devait être choisie rarement, parce que le possesseur d'un fonds qui cherchait du crédit n'était pas, la plupart du temps, à même de renoncer à la jouissance du fonds jusqu'à l'extinction de la dette. Il est vrai qu'on remédiait à cet inconvénient en permettant au débiteur de se servir de la chose en la gardant à titre de précaire ou de louage, c'était un moyen insuffisant.

Le *pignus* a en outre l'inconvénient d'épuiser en une fois le crédit que la chose peut donner à son propriétaire, et de rendre impossible une nouvelle mise en gage du même objet pour garantir d'autres créanciers. L'importance pratique du gage sur les fonds est médiocre quand la jouissance appartient au créancier. Tel que le *pignus* était organisé, il portait en lui le germe de son perfectionnement, l'attribution d'un droit au créancier sans dépouiller le débiteur de sa chose, la constitution d'un gage sans possession.

La dernière étape de la législation romaine est la création d'un droit réel sur une chose qui demeure aux mains du débiteur, et cela par une simple convention. La première application en droit privé se trouve faite pour une hypothèse spéciale par le droit honoraire; cette hypothèse est celle d'une convention de bail où les choses engagées devaient demeurer aux mains du débiteur.

Le preneur d'un bien rural pouvait n'avoir à offrir comme sûreté des loyers que les meubles et instruments qu'il apportait pour l'exploitation du fonds. Il

(1) Paul, *Sentences*, liv. II, tit. XIII, § 2.

était impossible de se servir dans ce cas du *pignus* qui dépouillant le fermier de ces objets le mettait dans l'impossibilité de cultiver. Pour concilier l'intérêt du preneur et celui du bailleur, le Préteur admit que la simple convention suffirait à opérer la mise en gage des *invecta et illata* et que le bailleur non payé pourrait les poursuivre entre les mains des tiers détenteurs, si le fermier enlevait les meubles apportés.

Pour réaliser cette poursuite que ne permettait nul moyen de droit civil, le Préteur Salvius créa un interdit, permettant au créancier de s'emparer des *illata* partout où il les trouvait; mais ce moyen de droit était insuffisant, et un autre Préteur, Servius, créa une *in rem actio*, par laquelle le bailleur pourrait revendiquer les *illata*, à condition que ces meubles aient été la propriété du fermier au jour de leur introduction sur le fonds (1). Grâce à l'action *servienne*, le bailleur se trouvait avoir une garantie aussi complète que si les *illata* lui avaient été mancipés avec fiducie. Grâce à ses avantages de simplicité, ce procédé se généralisa et les successeurs de Servius déclarèrent qu'un simple pacte suffisait à engendrer, au profit du créancier, une action *quasi-servienne ou hypothécaire*.

On dit généralement que le préteur Servius a le premier eu l'honneur de la conception de l'hypothèque, mais cela nous paraît contestable. Que ce soit lui qui le premier, dans la sphère du droit privé, ait appliqué l'idée de l'action réelle, concédée à la suite d'une simple convention, nous ne le nions pas. Mais l'institution de l'hypothèque elle-même, ce n'est pas le préteur Servius qui l'a créée : elle existait avant lui dans le droit public de Rome, et c'est dans le *jus prædiatorium* qu'il l'a puisée. Pendant que le droit privé ne connaissait

(1) Loi 15, § 1, D., XX, 1.

encore que les garanties personnelles, le droit public exigeait déjà de ses débiteurs des suretés réelles, de véritables garanties hypothécaires. Tous ceux qui traitaient avec l'Etat, soit pour la ferme des impôts, soit pour la location aux enchères des biens du domaine public, soit pour l'adjudication des travaux, les *mancipes* ou *redemtores* devaient fournir des garanties personnelles et réelles (1). Outre les *prædes* que devait fournir l'acquéreur d'un bien du domaine public, au moment de l'adjudication, il devait dans un certain délai *prædia subsignare* à peine de revente de l'immeuble. Cette *subsignatio* était une déclaration des biens que l'acheteur affectait à la garantie de l'Etat, faite sur un registre public et signée par le déclarant, après que le magistrat avait examiné si les *prædia* étaient suffisants et réunissaient les conditions exigées. Ces *prædia* sont qualifiés par les textes *prædia obligata, pignori data*. Cette *prædiorum subsignatio* paraît bien être une sûreté réelle donnée à l'Etat, une véritable hypothèque. On a, il est vrai, objecté qu'il s'agissait là d'une sûreté réelle donnée sous l'antique forme de la *fiducia*, mais comme le fait remarquer un savant auteur (2) « La formalité de la mancipatio n'est pas nécessaire, elle est même impossible. Comment en effet un particulier pourrait-il faire avoir au peuple la garantie des Quirites ? D'un autre côté, l'engagement à prendre par l'Etat *fiducia*, n'est pas moins impossible : c'est donc un engagement par simple convention ». Malgré les obscurités qui couvrent cette matière du *jus prædiatorium* on peut, à l'aide des textes que l'on possède, se permettre d'affirmer que l'Etat avait le droit de saisir et de faire vendre les immeubles

(1) *Lex Malacitana*, caput LX. *Lex Agraria ou lex thoria*, capita XX, XXI, XXXV.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 111, p. 828, note 17, 3e édit.

désignés par le débiteur, et que ce droit de vendre, qui dans la *fiducia* était un droit exorbitant, était ici le fonds du droit de l'Etat, qui n'avait pourtant ni la propriété, ni la possession. Ces traits constituent bien la physionomie de l'hypothèque (1).

Quant à la date exacte de son apparition dans le droit civil, il est assez difficile de la préciser, toutefois il nous semble que l'opinion qui ne la fait pas remonter au-delà du siècle d'Auguste doit être repoussée. Son principal argument est que c'est dans un texte de Cicéron (2) qu'apparaît pour la première fois le mot *hypothèque* et encore écrit en grec. Que ce soit la première fois que le mot *hypothèque* se trouve dans les auteurs latins, c'est très possible, mais il nous semble que la chose existait bien auparavant et que c'est à cette institution préexistante que les Romains ont appliqué le mot grec υποθηκη, qui désignait d'une manière commode la chose pour laquelle ils employaient une périphrase, l'appelant : *res obligata, res pignori opposita*. Si l'on veut la preuve que dans le droit privé avant Cicéron, l'hypothèque existait à Rome, il suffit d'ouvrir les auteurs vivant un siècle et demi ou deux siècles avant l'ère chrétienne : Plaute (3), Térence (4), Caton, Catulle (5) ; ils nous parlent de *res pignori oppositæ, de res obligatæ* comme d'une institution répandue et connue de tous. Ces expressions ne semblent pas devoir s'entendre d'une aliénation fiduciaire, car dans ce cas les termes sont tout autres : on dit *fiducia, res fiduciaria* (6). C'est à cette institution dont nous parlent tous ces auteurs, qu'on a appliqué au siècle d'Auguste le

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 51 et suiv.
(2) *Ad familiares*, XIII, 56.
(3) *Pseudolus*, acte I, scène I, vers 88.
(4) *Phormion*, acte IV, scène III, vers 56.
(5) *Carmen*, XXVI, *Ad Furium*.
(6) Cicéron, *Pro Flacco*, C., XXI, § 51.

mot hypothèque υπόθηκη, emprunté à la législation grecque.

Mais est-ce là le seul emprunt que les jurisconsultes Romains ont fait aux Grecs, et ne faut-il pas dire, avec certains auteurs, qu'ils leur ont emprunté l'institution elle-même de l'hypothèque? Nous ne le pensons pas. En effet, aux considérations que nous avons développées plus haut sur l'origine de l'hypothèque, on peut joindre celle-ci : Si les Romains avaient été chercher à Athènes l'institution de l'hypothèque, ils l'auraient prise telle quelle, c'est-à-dire avec le caractère de publicité qu'elle y avait. Or, jamais les Romains n'ont pratiqué la publicité de l'hypothèque, et cette remarque suffirait seule à prouver que c'est une institution née sur le sol Italique.

L'hypothèque a Rome est donc issue du perfectionnement de la théorie des sûretés réelles, sans avoir emprunté à l'étranger autre chose que son nom.

L'hypothèque, généralisée par l'action quasi servienne, et conférant au créancier un droit réel sans désaisir le débiteur de la possession de la chose, est un progrès sur le *pignus*. Avec ce nouveau procédé de garantie, le créancier acquiert une sûreté complète, sans que le débiteur perde la jouissance de sa chose et épuise en une seule opération tout son crédit. Elle ne fit néanmoins pas disparaître le *pignus* ; elle le fortifia, au contraire, et l'action nouvelle, engendrée par la convention d'hypothèque en faveur du créancier non nanti, appartint *a fortiori* au créancier gagiste en possession. Le pacte de gage non accompagné de tradition fut assimilé au pacte d'hypothèque (1), et les termes devenant à peu près synonymes, Marcien peut dire : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt* (2). Cela, il est vrai, n'était pas absolument

(1) Loi 1, princ., D., XIII, 7.
(2) Loi 5, § 1, D., XX, 1.

exact, car en fait le mot *pignus* continuait à désigner le gage avec possession, tandis que l'on se servait du mot hypothèque dans le cas où le débiteur conservait la possession de la chose ; mais cela n'influait en rien sur la nature du droit réel qui était la même dans les deux cas (1).

Si l'on examine les résultats de l'hypothèque, on voit qu'elle a sur la *fiducia* et sur le *pignus* l'avantage de laisser au débiteur la possession de sa chose et la possibilité d'offrir ce même objet, comme sureté, successivement à plusieurs créanciers. Mais dans la pratique, c'est cet avantage même qui préjudicia aux possesseurs des fonds et amena l'anéantissement de leur crédit : le prêteur ne sachant pas si la chose était déjà hypothéquée, refusait le prêt. Le législateur romain n'avait pas compris que le capital n'accourt en abondance pour se constituer sur hypothèques, que si la position légale du créancier est réglée d'une manière ferme et visible. Il n'avait pas découvert les bases du rang, et n'avait pas su créer pour le créancier hypothécaire un avantage égal à celui que lui offrait la possession dans le *pignus*.

Notre intention n'est pas de recommencer le procès de la législation hypothécaire romaine si souvent fait déjà, mais nous devons indiquer rapidement les raisons qui ont fait d'une construction théorique, irréprochable, un si mauvais instrument de crédit.

Le grand vice du système hypothécaire romain, est de faire aux tiers une situation fâcheuse par le défaut de publicité et de spécialité. Les hypothèques pouvant être générales, du moment que le débiteur avait un créancier hypothécaire, si faible que soit la créance garantie, il n'avait plus un seul fonds de libre, et son crédit subissait une atteinte hors de proportion avec

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 240; 3e édit., p. 760.

la diminution de valeur de ses biens. En peu de temps presque tous les fonds se trouvaient engagés pour une valeur inconnue, vague, indéterminée, et le crédit était absolument déprécié. On a dit que les Romains avaient le plus détestable système hypothécaire qui se puisse imaginer. La raison peut s'en trouver dans l'ignorance où étaient les Romains des vraies notions du crédit. Dans la matière de l'hypothèque, il y a deux choses bien distinctes : d'une part, la théorie juridique de l'hypothèque, et d'autre part la mise en œuvre de cette théorie ou le régime hypothécaire qui ne peut se baser que sur la publicité. Les Romains ont bien traité la partie juridique de l'hypothèque, mais leur ignorance des règles du crédit a été cause des vices du régime hypothécaire. Le capitaliste n'a de garantie pour le placement de son argent que s'il sait pour combien est déjà grevé le fonds qui veut emprunter. Le législateur a donc le devoir d'édicter des dispositions, permettant à tout intéressé de prendre connaissance de l'état réel des fonds, mais il n'existe dans le droit Romain que des moyens insuffisants pour arriver à ce but.

La législation grecque sans être irréprochable sur ce point offrait cependant moins d'inconvénients. La constitution de l'hypothèque était entourée de certaines mesures de publicité, la convention était signée de témoins, déposée aux mains d'un banquier, et peut-être transcrite sur un registre public, au moins pour les hypothèques sur les immeubles (1). En outre quand le créancier n'était pas mis en possession de l'héritage hypothéqué, il y plaçait des marques destinées à faire connaitre aux tiers que ce fonds était engagé, ces marques consistant en poteaux ou colonnes étaient appelées ὅροι.

Il semble résulter d'un passage de Demosthène,

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 148.

προς φαινιππον (1) que l'apposition de ces marques de publicité était une condition de validité de l'hypothèque. Le client de Demosthène voulant savoir si le fonds de Cythère appartenant à Phénippe était hypothéqué, s'était transporté sur ce fonds et n'y ayant pas trcuvé d'ὅροι avait sommé Phénippe d'en montrer. Celui-ci n'ayant pû le faire, Demosthène disait qu'il ne pouvait plus prétendre à l'existence d'aucune hypothèque sur ce fonds (2). Il est vrai que l'on dit généralement que la validité de l'hypothèque était indépendante de ces ὅροι. On peut, en effet, concevoir que la fragilité de ces moyens de publicité ne permettait pas d'y attacher un effet aussi considérable que l'existence même de l'hypothèque. Les textes peuvent être invoqués à l'appui de cette opinion, car le débiteur pouvait faire disparaitre ces ὅροι sans supprimer le gage « ἅς νῦν αὐτοὺς ἀποστερεῖ καὶ τούς ὅρους ἀνέσπακεν » (Démosthène, προς Τιμόθεον. Edition Vœmel, 1188-3). Le but de ces marques était d'assurer la preuve, et c'est à cela que Démosthène fait allusion, quand il dit que Timothée, arrachant les poteaux, a volé l'argent de ses créanciers.

Ces ὅροι avaient en outre pour but d'empêcher l'acheteur de prétendre qu'il ne connaissait pas les hypothèques (3).

Ce moyen de publicité qu'employaient les Grecs était il est vrai, bien primitif, mais encore pouvait-il rendre des services ; les Romains n'ont jamais rien connu de pareil.

Toutefois certains auteurs ont prétendu que les Romains avaient pratiqué l'usage des ὅροι. Les textes cités en faveur de cette opinion (4), outre qu'ils ne mentionnent expressément ni le gage, ni l'hypo-

(1) Edition Vœmel. 1040, 15.
(2) Loyseau, *De l'action hypothécaire*, liv. III, ch. I, § 21.
(3) Dernburg, *Das Pfandrecht*, I, p. 71.
(4) Loi 22, § 2, D., XLIII, 24 et loi 20, D., XLVII, 10.

thèque, peuvent très bien s'expliquer, sans qu'on y voie des applications d'un régime de publicité hypothécaire : le premier relate des incidents préliminaires d'un débat sur la possession entre deux revendiquants d'un immeuble, et le second prévoit l'apposition de scellés sur un immeuble, en l'absence du propriétaire, et sans le consentement de l'autorité compétente. Le titre 17 du livre II au Code, et les Novelles XVII ch. 15, et CLXIV, *præfatio*, qui sont aussi invoqués s'appliquent aux saisies et non aux hypothèques.

Le droit romain chercha à suppléer à la publicité par des mesures répressives, il obligea le débiteur qui constituait une hypothèque, à déclarer s'il y avait déjà des hypothèques sur le bien engagé (1) ; l'absence de cette déclaration était punie des peines du stellionnat, sauf toutefois si les hypothèques antérieures étaient tout à fait minimes (2). Cette menace d'une peine n'eut guère plus d'effet pratique qu'une loi de l'empereur Léon (3), d'après laquelle on devait donner la préférence aux hypothèques constituées par des actes publics, sur les hypothèques constituées *privatim*. Malgré ces mesures, les droits des créanciers hypothécaires demeurèrent incertains.

Puis le manque de toute forme à l'observation de laquelle on put lier la validité de l'hypothèque, amena dans ses conséquences à faire abstraction, dans des cas particuliers, de la convention comme cause génératrice de l'hypothèque. On ajouta à certaines obligations un gage sur les choses du débiteur, et on en arriva ainsi à la notion de l'hypothèque tacite, qui augmente la confusion d'autant plus que dans ces cas le gage accordé s'étend à tous les biens du débiteur.

(1) Loi 15, § 2, D., XX, 1.
(2) Loi 36, § 1, D., XIII, 7.
(3) Loi 11, C., VIII, 18.

L'exemple provoqua l'imitation, et le gage conventionnel commença à s'étendre à toute la fortune du débiteur, comme le gage légal, supprimant toute spécialité de l'hypothèque.

Ceci amena les empereurs à accorder à certaines hypothèques qui leur paraissaient dignes d'intérêt, et en première ligne au fisc un privilège légal sur les autres. Dès lors, le capitaliste qui ne voulait pas exposer sa fortune aux coups du hasard, n'avait qu'à renoncer à placer son argent en hypothèques. Ceux qui y consentirent le firent en échange d'intérêts usuraires, et les gens honnêtes abandonnèrent aux usuriers le soin de satisfaire le besoin de crédit.

La situation de la propriété immobilière, durant l'empire, devint de plus en plus précaire ; tandis que les grands réunissaient en Afrique, au détriment du développement social et économique, des terres immenses, les paysans marchaient de jour en jour à leur ruine. La possession immobilière apparaissait souvent comme une charge insupportable et le paysan abandonnait l'héritage paternel qu'il n'avait plus le moyen de conserver.

La raison de ce malheur général n'est pas à coup sûr uniquement à chercher dans le droit privé, mais on peut soutenir, sans risquer d'être contredit, que la ruine du crédit réel n'aurait pas été si complète, si les rapports de la propriété et de l'hypothèque avaient été mieux réglementés.

Le législateur reconnut bien le mal, il menaça de peines ceux qui abandonneraient les terres, il exhorta les tuteurs à placer les fonds des mineurs en propriété immobilière, mais jamais il ne songea à attaquer le mal par la racine et à modifier les principes du régime hypothécaire dans un sens destiné à ras surer le crédit immobilier.

Dans cette étude de la constitution de l'hypothèque. nous nous proposons d'examiner :

1° La nature du droit d'hypothèque ;

2° Les conditions requises pour l'existence de l'hypothèque ;

3° L'établissement du droit d'hypothèque en divisant ce chapitre en quatre sections :

1° De l'établissement par convention ;

2° De l'établissement par dernière volonté ;

3° De l'établissement par l'autorité judiciaire ;

4° De l'établissement par une disposition légale.

CHAPITRE PREMIER

De la nature du droit d'hypothèque

L'hypothèque est un droit réel, conféré au créancier par le débiteur sur une chose lui appartenant, pour garantir l'exécution de son engagement, sans transfert de la propriété ni de la possession.

Le premier caractère de l'hypothèque, c'est d'être un droit réel, en vertu duquel le créancier peut poursuivre la chose, en quelques mains qu'elle se trouve, *pignoris persecutio in rem parit actionemc reditori* (1).

Tout en concédant à l'hypothèque ce caractère, il faut remarquer que c'est un droit réel d'une nature toute spéciale. Les autres *jura in re*, la propriété et ses démembrements confèrent à leurs titulaires des droits effectifs : ainsi une servitude est constituée au profit d'un fonds, pour l'usage immédiat de ce fonds, tandis que l'hypothèque ne confère aucun droit immédiat, et elle a ce caractère singulier, que le créancier qui l'exige, préfère ne pas avoir à en user. Les autres *jura in re* restent aux mains du propriétaire, aussi longtemps qu'il le veut, tandis que l'hypothèque n'a qu'une durée limitée, à cause de son caractère accessoire, elle s'éteint avec la créance qu'elle garantit.

De ce que l'hypothèque présente des caractères spéciaux, il ne faut pas en conclure, comme l'ont fait cer-

(1) 17, D., XX, 1.

tains auteurs, Mühlenbruch, Büchel, Zimmern, que ce n'est pas un droit réel. Les principaux arguments en ce sens sont tirés de l'expression employée par les textes : *rei obligare,* et des analogies avec les obligations. Comme elles, l'hypothèque s'établit par un simple pacte: elle n'est susceptible ni de possession, ni de quasi-possession ; elle peut être constituée *in solidum* au profit de plusieurs. Zimmern va même jusqu'à ne voir dans l'hypothèque qu'un simple *mandatum agendi et alienandi* donné par le débiteur au créancier, pour exercer ses actions, une véritable *procuratio in rem suam.*

Les arguments qu'invoquent les adversaires de la réalité du droit d'hypothèque, nous paraissent rien moins que convaincants. L'expression *rem obligare* signifie seulement que l'hypothèque crée sur la chose le même rapport que celui qui existe déjà sur la personne en vertu de la créance ; un rapport direct du créancier à la chose hypothéquée; et ce qui infirme absolument l'argument de terminologie, c'est que l'on trouve la même expression à propos d'aliénation sous clause de fiducie, dans un cas où il s'agit certainement d'un droit réel, puisque le débiteur a transféré au créancier la propriété « *Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita, ut oportuit, a creditore distractæ sint, restitui in integrum potest*(1). » La constitution de l'hypothèque par un simple pacte s'explique très bien, si l'on songe que l'hypothèque était un perfectionnement de la *fiducia* et du *pignus*, et qu'il fallait bien que la forme de sa constitution fût plus simple, pour remplir son but de progrès. On s'explique qu'il faille plus qu'un simple pacte pour créer un droit réel, destiné à donner une utilité immédiate comme la propriété et ses démembrements,

(1) Paul, *Sentences ;* liv. I, tit. 9, § 8.

mais tel n'est pas le but de l'hypothèque, qui ne constitue qu'un droit conditionnel, seulement utile au cas de non paiement. Du reste, la propriété elle-même n'est-elle pas transférée par la mancipation qui n'est qu'une simple convention sans tradition? « Il est vrai que la mancipation doit pour être valable, revêtir certaines formes, certaine solennité qui n'est pas exigée à propos du pacte d'hypothèque, c'est là une lacune grave, mais le reproche que l'on adresse justement sur ce point au Préteur rentre dans la critique du régime hypothécaire lui-même (1). »

Le second caractère de l'hypothèque c'est d'être indivisible. L'indivisibilité de l'hypothèque est la règle générale, conforme au but que poursuit le créancier de s'assurer la meilleure sûreté possible. Les Romains n'ont pas formulé de théorie d'ensemble de l'indivisibilité, ils se sont bornés à indiquer les conséquences, et l'adage *tota est in tota et tota in qualibet parte* est de Dumoulin. La chose hypothéquée répond donc toute entière de la dette et de chacune des parties de la dette.

Les conséquences résultant de ce caractère et que l'on trouve dans les textes sont les suivantes :

1° Si une partie de la dette est payée, le créancier ne peut être obligé de dégrever une partie correspondante de l'objet hypothéqué, et conserve son droit sur la totalité de la chose, pour la garantie du paiement du reste de la dette ;

2° Si le créancier a reçu en gage plusieurs choses, il n'est pas tenu d'en libérer une avant d'avoir reçu la totalité de ce qui lui est dû (2) ;

3° Tandis que, d'après la loi des XII Tables, les dettes se divisent entre les héritiers du débiteur, et que chacun ne peut être poursuivi personnellement que pour sa part, ce résultat ne se produit pas pour

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 180.
(2) Loi 19, D., XX, 1.

l'hypothèque. L'héritier du débiteur qui, à la suite du partage se trouve avoir dans son lot l'immeuble hypothéqué, est obligé de payer intégralement la dette ou de délaisser (1).

4° Si l'on suppose plusieurs héritiers du créancier et si quelques-uns ont reçu leur part dans la créance, l'hypothèque continuera néanmoins à subsister tout entière pour garantir les parts non payées (2). Probablement, en pratique, avait-on admis par faveur pour le débiteur qui avait payé une partie de la dette, que le créancier exerçant contre lui l'action hypothécaire devait lui rembourser ce qu'il avait payé aux autres héritiers; c'est ce que semble décider Ulpien dans la loi 11, § 4., D., XIII, 7. Du reste pour simplifier ces poursuites on prenait le plus souvent des arrangements lors du *judicium familia erciscundæ,* on mettait au lot de l'un des cohéritiers la créance entière avec l'hypothèque, à charge pour celui-ci de payer leur part à ses cohéritiers (3). Cet arrangement ne changeait en rien le caractère d'indivisibilité de l'hypothèque, et le débiteur n'était pas fondé à exiger de l'héritier la restitution du gage, en échange du paiement de sa part dans la créance. On avait recours à ce procédé, quand le gage était d'une valeur supérieure à la créance; si, au contraire, la créance l'emportait sur le gage, il y avait lieu à une adjudication au profit du cohéritier le plus offrant, qui était nanti du gage et chargé de sa réalisation, les cohéritiers conservant pour le surplus action personnelle contre le débiteur.

On s'est demandé si Justinien n'avait pas violé le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque dans la Constitution 1, au Code livre VI, titre 43. Dans cette Constitution, Justinien crée une hypothèque légale au

(1) Loi 2, C., VIII, 32.
(2) Loi 1, C., VIII, 32.
(3) Loi 14, D., XX, V.

profit des légataires et il décide que l'action hypothécaire ne pourra atteindre chaque héritier que dans la mesure de ce qu'il devrait payer par l'action personnelle, et non pour la totalité du legs. Il semble qu'il n'y a ici rien de contraire à l'indivisibilité de l'hypothèque, le legs n'est pas une dette héréditaire, ce n'est pas une dette qui, reposant sur la tête du défunt, s'est divisée entre ses héritiers au jour de son décès, mais une dette qui naît divisée et reposant sur autant de têtes qu'il y a d'héritiers. L'hypothèque accordée par la loi pour la garantie de cette dette naît elle aussi divisée. Il est vrai, qu'après le partage, l'héritier ne pourrait plus élever la prétention de restreindre l'hypothèque aux effets mis dans son lot, mais c'est une conséquence de l'effet attributif du partage romain. Tout autre est la solution de l'art 1017 du Code civil d'après lequel les héritiers sont tenus des legs personnellement pour leur part et hypothécairement pour le tout, c'est là une fausse application du principe de l'indivisibilité et la solution romaine est bien préférable.

Remarquons enfin que l'indivisibilité n'est pas une qualité essentielle de l'hypothèque, la convention des parties pouvant décider qu'il en serait autrement. C'est ainsi qu'un gage peut être affecté à la garantie seulement, d'une partie de la dette (1).

Le troisième caractère du droit d'hypothèque est de s'étendre aux accroissements de la chose hypothéquée. Il est impossible de formuler en un principe unique, dans quelle mesure exacte les accroissements de la chose sont frappés de l'hypothèque ; il faut procéder par énumération. Tout d'abord, l'hypothèque frappe sans difficulté les accroissements consistant en une augmentation de valeur sans que la chose elle-même soit modifiée matériellement ou juridiquement, ces

(1) Loi 5, § 1, D., XX, 2.

accroissements proviennent des améliorations apportées à la chose par de meilleurs soins ou par des circonstances fortuites.

D'autres accroissements peuvent subvenir à la suite d'améliorations dans la situation juridique du fonds, par exemple l'usufruit s'ajoute à la nue propriété; le fonds acquiert une servitude active ou est libéré d'une servitude passive, dans ces cas, pas de difficulté : l'hypothèque frappe toute la chose ainsi modifiée juridiquement, elle atteint l'usufruit, la servitude. (1).

De même, le créancier hypothécaire bénéficiera d'un accroissement résultant de l'incorporation matérielle, telle que la chose incorporée ne peut être séparée de la chose principale, comme une *inædificatio*, une *implantatio* (2).

Enfin si la chose hypothéquée produit des fruits, ceux-ci seront frappés du droit d'hypothéque. (3). La difficulté la plus sérieuse en cette matière, se rencontre à propos du part de l'esclave hypothèquée. Quant l'esclave accouche chez le débiteur, on admet généralement que l'hypothèque frappe l'enfant dont elle accouche (4). Mais si l'esclave enceinte est vendue et accouche chez le tiers acquéreur, deux textes contradictoires du jurisconsulte Paul, soulèvent la question de savoir si l'enfant est ou non frappé de l'hypothèque.

De la loi 18, § 2, D., XIII, 7. « Si un fonds engagé a été vendu, il reste affecté du droit de gage, parce qu'il passe à l'acheteur dans l'état où il se trouve; il en est de même de l'enfant dont l'esclave vendue accouche après la vente, » il résulterait que, peu importe la situation de la mère, l'enfant dont elle accouche est frappé de l'hypothèque, tandis que Paul

(1) Loi 18, § 1, D., XIII, 7.
(2) Lois 16, pr. et 29, § 2, D., XX, 1.
(3) Lois 26, § 2, D., XX, 1 et 3, C., VIII, 15.
(4) Loi 1, C., VIII, 25.

semble résoudre négativement la question dans la loi 29, § 1, D., XX, 1 : « Si des esclaves sont affectés d'une hypothèque, les enfants qui en naissent seront également hypothéqués. Cependant quand nous avons dit que les enfants sont tenus, soit qu'il y ait eu convention spéciale à leur égard, soit qu'il n'y en ait pas eu, cela n'a lieu qu'autant que la propriété de ces enfants aurait été acquise à celui qui a constitué l'hypothèque ou à son héritier. Mais si les esclaves appartenaient à un autre maître au moment où elles sont accouchées, les enfants ne seront pas obligés. »

Ces deux textes contradictoires du même jurisconsultes ont fort tourmenté l'esprit des commentateurs qui ont proposé divers essais de conciliation.

Accurse pense que la loi 18, § 2, vise le cas où l'esclave avait conçu avant la vente.

Cujas ne tient pas compte de l'époque de la conception, et émet cette opinion assez hasardée que le part sera la garantie du créancier, alors seulement que le prix de l'esclave ne l'indemnisera pas complètement.

D'après une dernière opinion soutenue par d'éminents jurisconsultes, le § 2, de la loi 18, doit être rapproché du § 1, on verra dès lors qu'il ne s'agit pas le moins du monde d'une esclave hypothéquée ; Paul veut simplement dire que la chose vendue passe à l'acquéreur *cum omni causâ*, avec ses chances favorables ou défavorables et que subissant l'hypothèque il profite du part de l'esclave.

Enfin le dernier caractère de l'hypothèque, c'est d'être un droit accessoire, c'est-à-dire de ne pouvoir exister sans une créance qui lui sert de base (1). L'hypothèque n'a qu'un but : fortifier l'obligation qui se trouve à côté d'elle ; ce n'est que pour ce droit principal qu'elle prend naissance, et elle est une dépen-

(1) Loi 43, D., XLVI, 3.

dance nécessaire de ce droit. C'est au créancier de l'obligation seul qu'elle offre des avantages, pour tout autre, elle serait nulle et sans effet ; aussi ne peut-elle pas donner au créancier plus que l'obligation elle même. Ces conséquences du caractère accessoire justifient bien le nom d'*accessio* que les Romains donnent à l'hypothèque et le rapprochement qu'ils en font avec la caution (1).

Une conséquence nécessaire de cette dépendance de l'hypothèque serait qu'elle disparut au moment où l'obligation qu'elle fortifie et qui lui sert de base, vint à s'éteindre, tandis que si l'obligation du débiteur subsiste, et si le créancier a seulement perdu la possibilité de poursuivre par l'action personnelle, elle demeurât debout. En outre l'hypothèque ne pourrait pas précéder l'obligation qu'elle doit garantir.

Les Romains n'ont pas été jusqu'à tirer du caractère accessoire ces conséquences extrêmes, et nous verrons dans la suite de ce travail que l'hypothèque peut être constituée pour garantie d'une dette future. Malgré cela il n'en reste pas moins certain que la législation romaine regardait l'hypothèque comme un droit dépendant incapable de se suffire à lui-même.

La nature accessoire du droit d'hypothèque étant un des principes les plus importants du régime hypothécaire romain, il importe de l'étudier en détail, de voir à quelles obligations peut accéder l'hypothèque. C'est ce que nous étudierons dans le chapitre suivant, car une obligation préexistante est une condition requise pour l'existence de l'hypothèque.

(1) Loi 43, D., XLVI, 3.

CHAPITRE II

Conditions requises pour l'existence de l'hypothèque.

Pour que le droit d'hypothèque puisse valablemen se constituer, il faut: 1° une créance que vient garantir l'hypothèque; 2° un objet sur lequel porte l'hypothèque.

SECTION Ire. — De la créance garantie par l'hypothèque

Comme nous venons de le dire, l'hypothèque étant un droit accessoire, ne peut se concevoir que s'il existe un droit principal auquel elle vient s'adjoindre et qui est sa cause.

Toute obligation, quel que soit son objet, sa nature ou sa modalité, peut, en règle générale, et sauf de rares exceptions, recevoir la garantie d'une hypothèque. C'est ce que dit Marcien en termes aussi généraux que possible (1). « Il faut savoir qu'on peut peut hypothéquer une chose pour toute sorte d'obligation, soit qu'il s'agisse d'un prêt d'argent, d'une dot, d'une vente, d'un louage, d'un mandat; soit que l'obligation soit pure, à terme ou sous condition, soit que l'hypothèque soit donnée pour un contrat qui se forme actuellement, ou pour un contrat déjà formé. On peut aussi la constituer pour une obligation future. Elle peut être donnée non-seulement pour toute la somme à payer, mais même pour une partie seulement. Elle a lieu soit pour une obligation civile, soit pour une obligation prétorienne, soit pour une obliga-

(1) Loi 5, princ., D., XX, 1.

tion seulement naturelle. Mais la chose hypothéquée pour une obligation conditionnelle n'est engagée qu'autant que la condition s'accomplit. »

Cette loi, rédigée en termes extrêmement compréhensifs, montre bien que l'hypothèque peut s'adjoindre à toute sorte d'obligation, et l'examen détaillé des obligations au point de vue de leur cause, de leur objet, de leur source, de leur nature, de leurs modalités nous confirmera dans cette solution.

La cause de l'obligation peut varier, mais du moment qu'il y a obligation, il est possible de la garantir par une hypothèque. Marcien l'indique nettement : *Sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emptio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum.* Peu importe donc le motif pour lequel est née l'obligation.

L'objet de l'obligation peut être de *dare*, de *facere*, de *præstare*. Ce sera le plus souvent l'obligation de *dare* et surtout celle qui a pour objet la remise d'une somme d'argent, qui sera garantie par l'hypothèque ; mais rien n'empêche qu'il en soit de même pour l'obligation de *facere* et celle de *præstare* (1). Toutes aboutissent au cas d'inexecution à des dommages intérêts, et sous la procédure formulaire il faut remarquer que la nouvelle créance issue de la *litis contestatio* aboutit le plus souvent à une condamnation pécuniaire.

La source de l'obligation contrat, quasi-contrat, délit ou quasi-delit importe peu, dans tous les cas, du moment que l'obligation existe, le créancier a intérêt à en assurer l'exécution par une garantie.

Au point de vue de leur nature, les obligations sont civiles, prétoriennes, ou naturelles. Les deux premières classes engendrent une action et donnent naissance à une véritable dette conforme à la dé-

1) Loi 9, § 1, D., XIII, 7.

finition donnée par la loi 108, D, L. 16, *debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest*, il est donc incontestable qu'elles peuvent être garanties par une hypothèque. Mais pour les obligations naturelles la question pourrait faire difficulté. L'exécution de l'obligation naturelle ne peut être poursuivie par voie d'action ; elle n'offre donc pas le caractère exigé par la loi 108, en outre Ulpien (1) dit qu'elle n'engendre pas d'obligation, il semble donc impossible qu'elle puisse être garantie par une hypothèque. Mais si l'obligation naturelle est privée des avantages de l'obligation civile ou prétorienne, si elle n'engendre qu'une exception et ne peut exposer celui qui l'a contractée à une poursuite judiciaire, il faut néanmoins remarquer qu'elle n'est pas dénuée d'effets, et même qu'elle produit des conséquences importantes, elle crée notamment entre les parties un *vinculum æquitatis* comme dit Papinien (2) et elle fait obstacle à la *condictio indebiti*, lorsque le montant de la dette a été acquitté. Ces effets de l'obligation naturelle paraissent suffisants pour justifier la décision de Marcien disant que l'hypothèque peut avoir lieu pour une obligation *vel tantum naturalis*.

Il a été soutenu que l'hypothèque constituée pour la garantie d'une obligation naturelle, ne conférait au créancier qu'un simple droit de rétention, et par conséquent qu'elle serait illusoire, si la possession n'était jointe au pacte d'hypothèque. Cette opinion nous paraît devoir être repoussée. Les textes envisagent dans notre cas l'hypothèque comme une véritable hypothèque produisant tous les effets de l'hypothèque ordinaire, et Gaüs (3) dit « *nullum*

(1) Loi 7, § 4, D., II, 14.
(2) Loi 95, § 4, D., XLVI, 3.
(3) Loi 27 pr., D., IX, 4.

pignus est cujus persecutio negatur », donc de deux choses l'une : ou l'hypothèque ne peut garantir l'obligation naturelle, ou, si elle est possible, elle offre les caractères ordinaires de l'hypothèque.

Le type des obligations naturelles n'est pas unique en droit romain, on en rencontre diverses sortes qui doivent être examinées successivement.

Certaines obligations naturelle résultent d'une régénérescence d'une obligation civile (1). C'est ainsi que le créancier lié par une stipulation, tenant à encourir la *minima capitis deminutio* est libéré civilement, mais demeure tenu naturellement, cela suffit à la persistance de l'hypothèque. De même, quand un créancier par suite d'une *plus petitio* a épuisé son droit, le débiteur qui n'a pas payé demeure tenu d'une obligation naturelle.

Une obligation naturelle peut prendre naissance aussi à la suite de l'inobservation des formes requises pour constituer une obligation civile, par exemple lorsqu'une stipulation étant nécessaire à la naissance de l'obligation, les parties se sont bornées à faire un simple pacte. Dans ce cas, l'obligation naturelle qui en résulte est susceptible d'hypothèque, cela est indiqué, quant au pacte d'intérêt, par les lois 5, § 2 et 101, § 1, D. XLVI, 3, et il n'y a pas de raison pour le limiter à ce pacte.

L'incapacité d'un contractant peut dans certains cas donner naissance à une obligation naturelle, alors que les formes requises par la loi étant observées l'obligation serait civile, si elle était contractée entre personnes capables. L'emprunt fait par un fils de famille en violation du sénatus-consulte Macédonien n'engendre à la charge de celui-ci qu'une dette naturelle; peut-on la garantir par une hypothèque?

(1) Loi 14, § 1, D., XX, 1.

La question est tranchée pour la fidéjussion par la loi 9. § 3, D. XIV. 6, et la solution qu'elle donne doit s'appliquer à l'hypothèque. comme l'indique la loi 2, D. XX, 3. La loi 9, § 3, fait une distinction entre le cas où le fidéjusseur a un recours contre le fils et celui où ce dernier agit *animo donandi*. Dans le premier cas, le fils est fondé à invoquer le sénatus-consulte et à opposer l'exception ; dans le second cas au contraire l'exception lui est refusée. Cette solution doit être transportée de la fidéjussion à la matière de l'hypothèque, comme le veut la loi 2, D. XX, 3, et avec cette distinction, on peut dire qu'en principe l'hypothèque est valable.

Dans une hypothèse que l'on a la coutume de rapprocher, celle du sénatus-consulte Velléien interdisant à la femme l'*intercessio* pour autrui, il faut voir quel sera le sort de l'hypothèque consentie par un tiers pour garantir l'*intercessio* de la femme. L'exception donnée par le sénatus-consulte ne laisse subsister aucune obligation même naturelle (1). *Totam obligationem senatus improbat*, il n'y a donc pas de place pour l'hypothèque, à qui fera défaut la condition essentielle de son existence : une obligation principale. Du reste il faut remarquer la différence des motifs qui ont amené ces deux sénatus-consultes. Le Velléien est conçu dans un but de protection pour les femmes et leurs garants, tandis que le Macédonien est dirigé contre les usuriers et ceux qui par leur appui poussent les fils de famille à la ruine. Il était naturel de déclarer tenus les garants des fils de famille quand ils n'avaient pas de recours à exercer.

L'obligation contractée par le fils de famille envers le père pourrait être garantie par une hypothèque, en

(1) Loi 16, § 1, D., XVI, 1.

effet on peut y adjoindre un fidejusseur (1) et il n'y a pas de raison pour donner une solution différente.

Mais si le père s'obligeait envers son fils, son obligation ne pourrait être garantie par une hypothèque, car il faut un débiteur indépendant du créancier (1) « *nec fidejusso acceptus tenetur quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus.* »

Si un esclave contracte une dette naturelle, il est loisible à un tiers de la garantir par une hypothèque, et l'esclave lui-même s'il a un pécule dont la libre administration lui a été concédée peut en hypothéquer un objet pour la garantie de ses créanciers (2). Si c'est l'esclave qui est créancier de son maître, il ne peut recevoir d'hypothèque pour la même raison que celle qui l'interdit en faveur du fils.

Toutes les fois que le pupille contracte seul il est d'après le droit civil tenu *quatenus locupletior factus sit*; au dela de son enrichissement, est-il tenu d'une obligation naturelle susceptible d'hypothèque? La question est discutée pour ces motifs que les effets ordinaires ne sont pas applicables à cette espèce d'obligation naturelle; c'est ainsi qu'on ne peut l'opposer en compensation, ni par voie d'exception; mais cependant nous pensons qu'il y a là une obligation naturelle. Si le pupille est protégé il n'y a pas la même raison pour en décider de même pour le tiers, qui volontairement accédera à son obligation par une hypothèque : celle-ci serait donc valable.

Il existe certaines obligations qui ne peuvent certainement pas être garanties par une hypothèque ; ce sont celles qui sont nulles *ipso jure*, comme l'obligation d'un *infans*, la stipulation d'intérêts usuraires (3).

D'autres obligations, sans être nulles *ipso jure*,

(1) Loi 56, § 1, D., XLVI, 1.
(2) Loi 13, D., XII, 6.
(3) Loi 11, § 3, D., XIII, 7.

peuvent être paralysées par une exception péremptoire que le débiteur peut opposer au créancier; celles-là ne sont pas non plus susceptibles d'hypothèque. Toutefois si l'hypothèque est consentie par un débiteur connaissant l'exception qui existe à son profit, et capable d'y renoncer. elle emportera renonciation à l'exception quant à l'hypothèque (1).

Au point de vue des modalités affectant les obligations, elles peuvent être à terme ou sous condition.

Les obligations à terme peuvent recevoir la garantie de l'hypothèque comme les obligations pures et simples, car la dette existe *hic et nunc*, mais alors le terme qui affecte l'obligation principale s'applique aussi à l'accessoire (2). Cependant Ulpien donne dans la loi 14, pr., D. XX, 1, une solution contraire « on a demandé si le terme du paiement n'étant point échu, le créancier pouvait en attendant, poursuivre le gage. Je pense qu'il le peut, parce qu'il y a intérêt. » Pour expliquer l'antimonie apparente de ce texte, on peut dire qu'il s'agit là de l'enlèvement prématuré du gage, auquel le créancier veut s'opposer.

Les obligations peuvent être affectées d'une condition résolutoire ou d'une condition suspensive. Pas de difficulté dans le cas d'une obligation sous condition résolutoire. D'après la théorie romaine, elle est pure et simple, mais résoluble sous condition : elle peut donc être garantie par une hypothèque, sauf à celle-ci à se trouver résolue le jour ou s'accomplira la condition.

Mais pour une obligation sous condition suspensive, on ne peut dire qu'elle a une existence propre, tant que la condition ne s'est pas réalisée; il semblerait donc qu'une hypothèque ne peut y accéder. C'est toutefois le contraire que décide la loi 5, § 1, D. XX, 1.

(1) Pellat, *Droit de gage et hypothèque*, p. 11.
(2) Lois 5 § 1, D., XX, 6; 4, D., XX, 5.

Il est vrai que l'hypothèque n'existera dans ce cas que si la créance vient à naitre, c'est-à-dire la condition à se réaliser, mais alors elle produit son effet au jour de la convention, pourvu qu'à ce moment le futur créancier se soit trouvé dans la nécessité juridique d'effectuer la prestation, qui fait naître la créance, pour sûreté de laquelle il a stipulé l'hypothèque : c'est ce que décide la loi 11, § 1, D., XX, 4. Gaïus semble dans cette loi expliquer ce résultat par l'effet rétroactif de la condition accomplie. Il nous parait bien inutile de faire intervenir ici l'idée de rétroactivité, car l'hypothèque garantissant une dette future qui ne rétroagit pas, prend rang au jour de la constitution. Ce rang attribué à l'hypothèque est juste; le créancier doit être assuré de l'avantage qui l'a déterminé à s'imposer l'obligation de donner son argent. Il ne devrait pas en être de même s'il n'était pas lié par une telle obligation, au jour où il a donné l'argent. Les motifs lui manqueraient pour invoquer l'hypothèque à la date de la convention, puisqu'il était libre de prêter ou non, et bien plus, cela enlèverait à des créanciers antérieurs, le rang qu'ils ont acquis : la loi 1, pr., D., XX, 4, indique ces considérations d'équité.

A la règle que pose la loi 11, § 1, D., XX, 4, la loi 9, § 1, D., XX, 4, apporte une restriction, dans un cas où la condition est telle qu'elle ne peut s'accomplir sans la volonté du débiteur; aussi des auteurs ont soutenu que l'hypothèque ne pourrait jamais prendre rang au jour de la convention, s'il s'agit d'une condition potestative de la part du débiteur.

Cette opinion, ainsi formulée en sa généralité, paraît inadmissible, bien qu'elle invoque aussi en sa faveur les lois 11 pr., D. XX., 4 et loi 4., D. XX., 3, ces lois n'ont pas la portée qu'on veut leur donner dans l'opinion précédente, elles visent des cas où le créancier n'est pas plus obligé que le débiteur, et où il aurait le

droit de refuser au débiteur l'exécution demandée par celui-ci, s'il avait perdu confiance. Il ne faut pas en effet oublier que la simple promesse de faire un prêt, si elle n'est pas revêtue des formes de la stipulation, ne peut entraîner d'obligation civile pour le promettant, et dans ces textes, il n'est pas question de stipulation.

Au contraire, si le créancier était réellement obligé l'hypothèque prendrait rang au jour de la convention, quelque soit le moment auquel la condition se réalise, car l'hypothèque est le fondement de l'engagement du créancier. Voir à l'appui loi 1, pr., D. XX., 4. (1)

Section II. — De l'objet sur lequel peut porter l'hypothèque.

La constitution de l'hypothèque était au point de vue de l'objet particulièrement favorisée, et la règle générale était que toutes choses étaient susceptibles d'être ainsi grevées. Le principe semble posé par Gaïus, dans la loi 9, § 1., D. XX. 1. *Quod emptionem venditi onem que recipit, etiam pignorationem recipere potest* il y a toutefois des exceptions, comme par exemple l'impossibilité d'hypothéquer la chose d'autrui, mais cela tient à une incapacité propre au constituant, non à la nature de la chose.

Avant d'étudier en détail les choses susceptibles d'hypothèque, il est bon de voir celles qui ne peuvent être hypothéquées pour un vice inhérent à leur nature.

Ce sont d'abord les choses qui ne sont pas dans le commerce et ne peuvent, par suite, être vendues. Les

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, I, § 241, p. 763, note 6, 3e édit.

res publicæ, les *res religiosæ*, les droits de famille, de puissance paternelle, sauf dans le vieux droit romain, la possibilité pour lepère de vendre ses enfants et par conséquent de les hypothéquer, pratique interdite par le droit nouveau à peine de la relégation (1). Toutes ces choses et l'exercice des fonctions publiques, sauf sous l'Empire, certains offices, ne pouvaient faire l'objet du droit d'hypothèque.

Si nous examinons le patrimoine, nous voyons qu'il se compose de choses corporelles et de choses incorporelles. Les unes et les autres peuvent être hypothéquées, bien qu'à la rigueur l'hypothèque étant un *jus in re* ne pourrait se concevoir que sur une chose corporelle. Cependant l'hypothèque ayant pour but de donner une garantie par la vente de la chose engagée, on l'étendit à toutes choses susceptibles d'offrir cette garantie, même aux choses incorporelles.

Et d'abord les choses corporelles dont on est propriétaire peuvent être l'objet d'une hypothèque, sans qu'il y ait à distinguer si ce sont des meubles ou des immeubles, bien qu'en fait le *pignus* s'applique aux meubles de préférence à l'hypothèque. Les *universitates rerum*, ensemble de choses de la même espèce comme un troupeau peuvent être hypothéquées aussi bien que les choses individuellement déterminées (2).

A l'égard des choses corporelles, dont on est propriétaire, pas de difficulté; on peut les hypothéquer; mais à côté de la propriété parfaite *ex jure puiritium*, les Romains connaissaient une autre propriété, l'*in bonis*, sanctionnée seulement par le Prêteur. Le propriétaire bonitaire pourra-t-il hypothéquer la chose qu'il a seulement *in bonis*? La solution de la question ne peut faire de doute même en faisant abstration de la loi 18, D., XX, 1, aux termes de laquelle l'action

(1) Loi 5, D., XX, 3.
(2) Loi 34 pr., D., XX, 1.

servienne est accordée à celui qui n'ayant pas le *dominium* n'a que la publicienne ; il faut remarquer que l'hypothèque et l'*in bonis* puisent leurs armes dans l'arsenal prétorien, et le propriétaire bonitaire considéré comme vrai propriétaire, obtenant du Préteur une revendication utile, il n'y a pas de raison pour que celui-ci refuse au créancier hypothécaire l'action servienne.

Il se peut que le droit de propriété sur une chose soit divisé entre plusieurs ; chaque copropriétaire par indivis peut hypothéquer sa part dans la chose commune. Lorsque le partage intervenait entre copropriétaires, l'hypothèque frappait non-seulement la part échue au constituant de l'hypothèque, mais la part de chaque copartageant (1). En effet, d'après la théorie romaine, le partage constituant un véritable échange, chaque copropriétaire tenait le bien mis en son lot pour partie du défunt et pour partie de son copartageant : il devait donc respecter et subir les droits consentis par celui-ci durant l'indivision. Notre Code civil (art. 883), reconnaissant au partage un effet déclaratif et non attributif, fait éviter les inconvénients du système romain.

L'hypothèque des choses corporelles n'offre donc pas de sérieuses difficultés ; l'étude de l'hypothèque des choses incorporelles présente des questions délicates.

Les droits réels n'étant susceptibles ni de possession ni de tradition, ne pouvaient faire l'objet du *pignus*. Lorsque le Préteur eut complété le droit civil. en donnant à la *quasi-possessio* ou *possessio juris*, les effets de la *possessio rei*, la difficulté disparut pour le *pignus*. Jamais elle ne s'était montrée à propos de l'hypothèque. En effet, celle-ci n'exigeait nulle condi-

(1) Loi 7, § 4, D., XX, 6.

tion de possession, et ce n'était que dans les caractères propres de certaines *jura in re* qu'elle pouvait trouver un obstacle à son établissement.

Si la propriété est divisée entre deux personnes, la nu-propriété appartenant à l'une, l'usufruit à une autre ; le nu propriétaire peut incontestablement donner en gage la nue propriété. Quant à l'usufruitier, de même qu'il peut céder à un tiers son droit d'usufruit, en ce sens qu'il transfère les avantages, en conservant toujours sa qualité, il peut aussi l'hypothéquer (1); si le créancier est troublé dans sa jouissance, il paralysera l'action négatoire du nu propriétaire par une exception. *Si non inter creditorem et eum ad quem usus fructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit*, en effet, ajoute le jurisconsulte, puisque le Préteur protège l'acheteur de l'usufruit, pourquoi ne protégerait-il pas aussi le créancier gagiste ?

Le droit d'usage au contraire, ne peut être hypothéqué, car il n'est pas de nature à être cédé, l'usager devant en jouir par lui-même. Le droit d'habitation se rapproche beaucoup de l'usage, mais Justinien (2) permettant de le louer, on peut dire qu'à l'exemple de l'usufruit il peut être hypothéqué.

Les servitudes réelles peuvent-elles être hypothéquées ? Lorsqu'un fonds hypothéqué est titulaire d'une servitude constituée, celle-ci étant une qualité du fonds est hypothéquée avec lui ; cela ne peut faire de doute, quelle que soit la nature de la servitude. Mais un propriétaire peut-il hypothéquer une servitude envisagée individuellement et séparément du fonds ?

Pour les servitudes *prædiorum urbanorum* la loi 11 § 3 D., XX, 1 est formelle, elles ne peuvent être l'objet d'une hypotheque *jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt: igitur nec convenire possunt ut hypothecæ*

(1) Lois 11, § 2 et 15 pr., D., XX, 1.

(2) Inst., II, tit. 5, § 5.

sint. Elles ne peuvent être exercées par un autre que le propriétaire du fonds dominant ; si l'on suppose un fonds titulaire d'une servitude *non altius tollendi* il est impossible que cette servitude, transportée à un autre fonds. ait la même utilité : elle ne pourrait donc pas être vendue.

Pour les servitudes *prædiorum rusticorum*, Paul dit dans la loi, 12 D., XX, 1 : « Il faut voir si l'on ne pourrait pas engager valablement les servitudes de voie; de passage, soit pour l'homme, soit pour des bêtes de somme et des voitures; d'aqueduc, en ce sens que l'on conviendrait que le créancier userait de ces droits, en supposant qu'il ait un fonds voisin, et que, si l'argent n'était point payé avant un certain terme, il lui serait permis de vendre ces servitudes à un voisin. Cette opinion doit être admise à cause de l'utilité des contractants ». Il semble bien résulter de ce texte que l'hypothèque d'une servitude rurale est possible, mais les commentateurs ne sont pas d'accord sur le point de savoir s'il s'agit d'une servitude déjà établie ou d'une servitude à constituer.

D'après la première opinion la loi 12 devrait s'interpréter ainsi : Le propriétaire dont le fonds est titulaire d'une servitude déjà établie, peut détacher la servitude de son fonds, et l'hypothéquer à son créancier. L'effet de cette hypothèque sera de donner au créancier le droit d'user de la servitude tant qu'il ne sera pas payé et de la vendre à l'échéance à un voisin.

La seconde opinion au contraire, prétend que le texte se réfère uniquement à l'hypothèse d'une servitude à constituer. Le propriétaire du fonds donne à son créancier le droit de passer sur son fonds jusqu'au jour de l'échéance. Si à ce moment le créancier n'est pas payé, il constituera au profit d'un voisin, une servitude de passage. Il faut bien remarquer que jusqu'au jour de l'échéance, le créancier n'est pas investi

de cette servitude, il en use seulement, s'il a un *fundum vicinum* et la servitude ne prend réellement naissance qu'au jour de l'échéance, quand le créancier la vend à un propriétaire voisin. Cette opinion nous paraît devoir être préférée à la première, car dans celle-ci le créancier étant avant l'échéance titulaire de la servitude, c'est là une situation contraire à la nature et au but du droit de gage (1).

Le droit de superficie peut-être hypothéqué (2). Le superficiaire est celui qui a construit une maison sur le fonds d'autrui avec le consentement de celui-ci. D'après le droit civil, le propriétaire du fonds est propriétaire de la maison, mais d'après le droit prétorien le constructeur de la maison a un certain droit, dit droit de superficie, garanti par une action réelle, utile à l'imitation de la revendication.

Le possesseur de *l'ager vectigalis* et l'emphytéote peuvent constituer une hypothèque sur l'*ager* ou le fonds emphytéotique (3), sous cette réserve que si le droit s'éteint pour cause de cessation de paiement de la redevance, le droit de gage a le même sort (4).

Le *pignus* étant lui-même un *jus in re*, a été reconnu par les Romains susceptible d'hypothèque, et nous trouvons le contrepied de notre règle moderne. « *Hypothèque sur hypothèque ne vaut* » Le *pignus pignori datum* se comprenait bien pour le contrat réel de gage (5).

Primus ayant reçu de Secundus un objet comme garantie de sa créance le remettait à Tertius son créancier à titre de gage. Bien que cette situation ne donnait en droit aucune garantie à Tertius, en fait quand Secundus venait payer Primus, celui-ci lui faisait ver-

(1) Pellat, *Trad. de Schilling*, p. 71.
(2) Loi 13, § 3, D., XX, 1.
(3) Loi 15, § 2, D., XIII, 7.
(4) Loi 31, D., XX, 1.
(5) Loi 14, § 3, D., XLIV, 3.

ser la somme à Tertius, détenteur du gage. De là à l'hypothèque, la transition était facile, Primus ne pourra pas donner à Tertius la possession de l'objet engagé, il lui cédera la *pignoris persecutio*, le droit de vendre à défaut de paiement l'objet hypothéqué de la même façon et aux mêmes conditions que lui. On admet généralement en outre que le *subpignus* emporte *pignus nominis*, hypothèque de la créance garantie; cette solution s'appuie sur des considérations d'utilité pratique et des textes positifs, notamment la loi 13 § 2, D., XX, 1.

L'hypothèque des créances est présentée comme un des derniers perfectionnements de la matière (7, C. IV, 39). La nature de la créance, relation entre deux personnes déterminées, avait entraîné son incessibilité; mais plus tard, les Romains comprenant que la vente des créances constituait un excellent moyen de crédit, tournèrent la difficulté, en cédant l'exercice de la créance par la *procuratio in rem suam*. Les créances, devenues cessibles, purent être hypothéquées, car on comprend qu'un débiteur dise à son créancier; j'affecte au paiement de ce que je vous dois ma créance contre un tel. L'effet de la constitution d'hypothèque sur une créance est de donner au deuxième créancier le pouvoir de vendre la créance et de se payer sur le prix, ou d'exiger à la place du créancier originaire l'exécution de l'obligation.

De cette étude des choses capables de faire l'objet de l'hypothèque, il ressort que tous les éléments du patrimoine, propriété, droits réels, créances, sont individuellement susceptibles d'être engagés comme sûreté des obligations. Tous les biens composant le patrimoine pouvant être engagés séparément, l'idée devait venir aux créanciers de demander d'un seul coup hypothèque sur tout le patrimoine, non seulement des biens présents, mais encore des biens à

venir. *La spécialité* de l'hypothèque se trouvait ainsi détruite et on la remplaçait par une pratique qui devait venir aggraver les inconvénients qu'offrait déjà le régime de non publicité. Dans la loi 1, pr., D., XX, 1, se trouve consacrée la *généralité* de l'hypothèque « *conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quœsitorum recepta est.* »

A l'origine l'hypothèque de tout le patrimoine ne dut comprendre que les biens présents, on était arrêté, quant aux biens futurs, par cette considération que, les comprendre dans l'hypothèque générale, c'était hypothéquer la chose d'autrui. Bientôt on admit l'extension aux choses futures en les considérant comme grevées sous la condition qu'elles deviendraient la propriété du constituant, et Gaïus nous dit : loi 15, § 1 D, XX, 1 que la clause affectant à l'hypothèque la généralité des biens tendit à devenir de style « *quotidie inseri solet cautionibus* ». Toutefois les diverses formules dont on se servait « *fide et periculo rerum ad me pertinentium* » *vel per rerum exactionem satisfieri tibi promitto* » pouvant ne s'appliquer qu'aux biens présents, l'opinion commune s'était formée dans un sens contraire, et Justinien (1) tranche la question dans le sens de l'opinion établie, en déclarant que ces formules comprendront les biens à venir comme les biens présents.

L'hypothèque conventionelle ne devrait pas pouvoir s'écarter du principe de spécialité, sous peine de jeter une profonde perturbation dans le système hypothécaire entier, avec cette circonstance aggravante de la clandestinité de l'hypothèque. Quelle sûreté peut trouver le crédit contre un debiteur dont les biens présents sont grevés et dont les acquisitions postérieures le seront aussi au fur et à mesure de leur entrée dans le patri-

(1) Loi 9, C., VIII, 17.

moine ? Le créancier sera la dupe de ces hypothèques inconnues et générales. Tout au plus le caractère de généralité pourrait-il être accordé à l'hypothèque légale, si tant est qu'il soit bien nécessaire d'avoir des hypothèques légales ? Quand le législateur veut donner à une créance qui lui paraît digne d'intérêt une sûreté plus grande, il lui concède une garantie portant sur le patrimoine entier du débiteur, présent et à venir. C'est sans doute l'hypothèque légale du fisc qui fut à Rome le modèle de l'hypothèque générale privée ; triste exemple et application plus triste encore !

Nous n'avions pas à examiner quelle a été à Rome la portee de l'hypothèque sur les biens futurs au cas de concours de créanciers, c'est une question de l'effet de l'hypothèque en dehors de notre sujet.

CHAPITRE III

Établissement du droit d'hypothèque

L'hypothèque naît avant tout de la convention ; celle-ci fut pendant longtemps le seul mode normal de sa création, l'hypothèque par testament ne fut possible que très tard. En outre la loi protégea certains droits qu'elle trouva dignes d'un intérêt particulier par une hypothèque basée sur une fiction de convention, et on crut devoir permettre aux juges ce moyen de protéger les parties.

Par contre l'hypothèque, bien que droit réel, ne peut s'établir par les modes qui servent à constituer les autres droits réels. Tous les modes originaires d'établissement des droits réels manquent à l'hypothèque, et il est évident que l'occupation d'un droit d'hypothèque sur une chose sans maître est aussi peu possible que l'occupation d'une servitude.

La tradition était nécessaire pour la perfection du contrat de gage, mais c'était un des avantages de l'hypothèque que de n'avoir pas besoin pour exister de la remise de la possession, et si le *pignus* entraînait l'hypothèque, ce n'était pas parce qu'il y avait tradition mais parce qu'une sûreté plus grande en comprend une moindre.

La *mancipatio*, l'*in jure cessio* servant à tranférer le domaine quiritaire, ne pouvaient s'appliquer à l'hypothèque, droit prétorien.

Les jurisconsultes romains n'indiquent nulle part comme mode d'acquisition de l'hypothèque l'adjudication, par laquelle il était loisible au juge de constituer sur un objet commun des servitudes et des usufruits (1). La raison principale était que le besoin ne s'en faisait pas sentir dans ces cas de partage par le juge; c'était en effet un usage judiciaire romain que d'exiger d'abord comme garantie, des cautions, les sûretés réelles ne venant que comme complément.

Enfin le droit romain n'admettait pas l'acquisition d'un droit d'hypothèque par l'effet du temps et la raison était la nature civile de l'usucapion. Ce procédé qui, à l'époque du développement de l'hypothèque, était le seul mode d'acquisition par l'effet du temps, s'appliquait uniquement au droit civil et ne pouvait servir à l'hypothèque, inconnue au *jus civile*.

Les seuls modes de constitution de l'hypothèque sont donc: la convention, le testament, la loi, l'autorité du magistrat. Nous les étudierons successivement dans quatre sections.

Section I. — De l'hypothèque établie par la convention.

Avant d'étudier les formes de la convention d'hypothèque, il faut au préalable savoir: qui peut constituer une hypothèque et au profit de qui elle peut être constituée.

(1) Lois 16, § 2, D., VII, 1; 16, § 1, D., X, 2.

§ I. — Qui peut constituer une hypothèque.

La règle générale est que pour pouvoir constituer une hypothèque, il faut être propriétaire de la chose qui va faire l'objet de l'hypothèque. Si la règle est ici différente de celle que les jurisconsultes nous donnent à propos de la vente, il est facile d'en trouver l'explication dans le but différent de ces deux institutions. La vente en droit romain n'a d'autre effet que de faire naître des obligations, le vendeur s'oblige à donner la chose à l'acheteur ; l'hypothèque au contraire, donne immédiatement naissance à un droit réel qui ne peut se comprendre que si le constituant a sur la chose un droit de propriété.

Toutefois nous avons vu en étudiant l'objet de l'hypothèque que les démembrements de la propriété pouvaient être l'objet du droit d'hypothèque, il s'en suit donc que les titulaires de ces droits ont le pouvoir de constituer des hypothèques. L'usufruitier, l'emphytéote, le superficiaire le peuvent, et ce qu'hypothèquent ces deux derniers, c'est non l'exercice de leur droit, mais la chose elle-même, car le droit prétorien les considère comme des propriétaires (1), et le créancier aura l'action hypothécaire contre tout détenteur (2).

La règle est donc que pour hypothéquer, il faut être propriétaire, mais il n'est pas nécessaire que l'on soit propriétaire pour le tout de la chose que l'on veut hypothéquer, un copropriétaire par indivis peut très valablement hypothéquer sa part indivise et le partage romain étant une aliénation, le droit réel d'hypothèque continuait à gréver après le partage les portions de la chose acquise par les autres copropriétaires (3).

(1) Lois 16, § 2, D., XIII, 7 et 31, D., XX, 1.
(2) Loi 13, § 3, D., XX, 1.
(3) Loi 7, § 4, D., XX, 6.

Les Romains de l'époque classique connaissaient deux sortes de propriété : la propriété quiritaire ou propriété du droit civil, et l'*in bonis* ou propriété prétorienne résultant par exemple de l'inobservation des formes exigées pour le transfert de la propriété civile.

Le propriétaire quiritaire pouvait évidemment constituer une hypothèque, mais aux yeux du droit prétorien celui qui avait la chose *in bonis* était un véritable propriétaire et le Préteur devait sans difficulté protéger l'hypothèque consentie par celui-ci sur sa chose. De même que le propriétaire bonitaire avait la *publicienne*, — son créancier hypothécaire avait l'action *servienne* sans même qu'il soit besoin d'en modifier la formule, puisqu'il suffit au créancier de démontrer *rem in bonis debitoris fuisse* (1).

A côté de la propriété bonitaire, se rencontre une situation à laquelle s'intéresse le Préteur pour la protéger par la *publicienne* : c'est quand une chose était livrée *ex justa causa* par un non propriétaire à un acquéreur de bonne foi. Celui-ci, dit possesseur de bonne foi, pouvait usucaper ; pouvait-il hypothéquer ? La solution affirmative peut s'appuyer sur la loi 18, D. XX, 1, qui donne l'action *servienne* à celui qui a la *publicienne*, en effet à l'époque du digeste, la distinction du domaine quiritaire et du domaine bonitaire a disparu, et la *publicienne* est un moyen propre au possesseur de bonne foi. Du reste si la loi 18 à cause de son application à deux cas distincts ne paraît pas un argument suffisant, la loi 21, § 1, D, XX, 1, vient pour le cas spécial du possesseur de bonne foi, nous montrer que telle était déjà la solution à l'époque classique.

Revenons à l'hypothèse d'un propriétaire *ex jure quiritium*, lui seul peut hypothéquer la chose, objet de son droit, il est donc impossible d'hypothéquer la chose d'autrui.

(1) Loi 15, § 1, D., XX, 1.

Il y a néanmoins des cas où l'hypothèque de la chose d'autrui est valable.

1° L'hypothèque a été consentie à l'insu du propriétaire, mais ultérieurement celui-ci ratifie. La loi 16, § 1, D, XX, 1, nous dit que par cela même qu'il ratifie, il a voulu que sa ratification rétroagît au temps de la convention; mais si le propriétaire a dans l'intervalle consenti lui-même d'autres hypothèques, celles qu'il ratifie ne peuvent rétroagir au détriment de ces créanciers qui tiennent leurs droits directement de lui.

2° L'hypothèque a été consentie par un tiers, mais avec l'assentiment du propriétaire (1).

3° L'hypothèque a été constituée par un tiers, mais le propriétaire qui connaissait la constitution n'a rien dit et a trompé frauduleusement le créancier (2).

4° Le débiteur peut constituer une hypothèque sur une chose qu'il se propose d'acquérir, et qu'il désigne expressément (3) ; mais alors l'hypothèque est censée constituée sous condition.

5° La constitution d'hypothèque sur la chose d'autrui est encore valable lorsque le constituant était créancier de la chose (4), ou qu'elle lui avait été au préalable donnée en gage.

6° Enfin l'hypothèque générale étant permise (5), on autorisait par là l'hypothèque sur la chose d'autrui, en vertu de cette idée généralement admise, qu'une telle convention d'hypothèque embrassait les biens à venir et les biens présents.

En dehors de ces cas exceptionnels, l'hypothèque consentie *a non domino* était nulle, mais il pouvait se faire que celui qui avait consenti une hypothèque sur

(1) Loi 20, D., XIII, 7.
(2) Loi 2, C., VIII, 16.
(3) Loi 16, § 7, D., XX, 1.
(4) Loi 1, pr., D., XX, 1.
(5) Loi 15, 1, D., XX, 1.

la chose d'autrui devint plus tard propriétaire de cette chose ; quel était alors le sort de l'hypothèque ? Il est évident qu'au point de vue juridique, cette acquisition postérieure de la propriété ne pouvait rétroactivement effacer le vice affectant l'hypothèque au jour de sa constitution. Le créancier intentant l'action servienne ne pouvait, même après l'acquisition postérieure de la propriété par le débiteur, prouver aux termes de la loi 15, § 1, D., XX, 1, que le constituant avait la chose *in bonis* au jour de la convention. Il se trouvait donc comme le constate la const., 5, C, VIII, 16 dans l'impossibilité d'invoquer un moyen de droit. Cette solution si logique au point de vue juridique pur devait blesser les sentiments d'équité des jurisconsultes romains et les amener à créer des moyens de protéger ce créancier si digne d'intérêt. Ces moyens, Papinien nous les indique dans la loi 1, pr. D., XX, 1, « *in speciem autem alienæ rei collata conventione si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quæsito. difficilius creditori qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur : sed facilio, erit possidenti retentio.* » Ce texte vise expressément le cas où le créancier savait que la chose hypothéquée n'appartenait pas au débiteur, il suppose donc la situation inverse, celle du créancier ignorant et nous allons les examiner successivement.

Si le créancier ignore que le débiteur n'est pas propriétaire, autrement dit s'il est de bonne foi, il aura l'action servienne sous forme d'action utile, cette modification de la formule est en effet nécessitée par l'absence d'une condition *rem in bonis debitoris fuisse* (1). Si le créancier possède la chose et si le débiteur veut reprendre la chose engagée, il aura le droit de rétention (2).

(1) Loi 41, D., XIII, 7.
(2) *A fortiori de la loi*, 1, pr., D., XX, 1.

Si le créancier est de mauvaise foi, c'est-à-dire n'ignore pas que la chose n'est pas au débiteur, il semble qu'il n'y a pas de raison pour protéger la mauvaise foi, et qu'il doit être absolument privé de tout moyen.

Il n'en est pas toutefois ainsi et dans le cas où il détient le gage, la loi 1 pr., D, XX, 1, lui donne le droit de rétention. En l'espèce nous trouvons en présence deux individus également peu dignes d'intérêt; le débiteur qui constitue sciemment une hypothèque sur la chose d'autrui ne paraît pas devoir mériter une protection plus que celui qui la reçoit. Bien plus, quand ce débiteur devenu postérieurement propriétaire veut reprendre la chose engagée aux mains du créancier, il semble juste dans ce débat de faire pencher la balance plutôt en faveur de celui-ci, et de lui faire l'application de la maxime *in pari causa melior causa possidentis*.

Mais, si le créancier n'est pas en possession, va-t-on faire un pas de plus, et l'assimilant au créancier de bonne foi, lui donner l'action hypothécaire *utilis* pour se faire délivrer la chose.

Cette solution a été soutenue par les motifs suivants : d'autres textes, la loi 41, D., XIII, 7., la constit. 5., C, VIII, 16, qui reproduisent la décision de la loi 1., D, XX., 1, ne font pas mention de la condition de bonne foi, elle n'est donc pas une condition *sine qua non* de l'obtention de l'action *utilis*. Du reste, la loi 1 de Papinien n'est pas absolument formelle. Papinien dit bien que le créancier *qui non ignoravit alienum*, obtiendra *difficilius* l'action utile, mais il ne dit nullement qu'elle lui sera refusée. Cela signifie seulement qu'il y a plus de répugnance à le protéger, mais non qu'on ne le veut pas. On fait en outre remarquer qu'à proprement parler, il n'y a pas ici de mauvaise foi. A qui un créancier nuit-il quand il accepte une hypothèque sur la chose d'autrui?

Malgré ces raisons, il est généralement admis que

le créancier de mauvaise foi n'a pas l'action utile; c'est pour une raison d'équité que la loi vient au secours du créancier et il n'y a pas de motif pour protéger la mauvaise foi. La loi 1 est du reste bien formelle, *difficilius* n'indique pas chez Papinien une hésitation à accorder l'action, mais bien un refus formel de cette action, les jurisconsultes manifestant généralement leurs opinions sous cette forme hésitante.

Enfin, les autres textes ne peuvent s'entendre que d'un créancier de bonne foi, ainsi la loi 41, D., XIII, 7. Paul, « en accordant l'action au créancier, suppose qu'il se trouve en présence d'un débiteur qui l'a trompé, et qu'il peut convaincre de mensonge « *ut ex suo mendacio arguatur* » reproche qui ne se concevrait pas dans la bouche de celui qui aurait été édifié sur les droits de son débiteur (1). »

La situation inverse de celle que nous venons d'étudier, peut se présenter : le véritable propriétaire peut devenir l'héritier du constituant, quel sera le sort de l'hypothèque?

On peut concevoir que ce décès vienne consolider l'hypothèque, et qu'elle soit dès lors pleinement valable, ce que nous dit Modestin dans la loi 22, D., XX, 1. On peut à l'inverse décider que l'héritier n'est pas tenu de l'hypothèque, et c'est la solution donnée par Paul dans la loi 41, D., XIII, 7. On le voit, les deux solutions radicalement inverses sont consignées au Digeste. Comment l'expliquer et laquelle préférer?

Il nous semble bon tout d'abord de reproduire les deux lois qui font naître la difficulté.

Loi 22: « Si je deviens héritier de Titius, qui avait hypothéqué ma chose à son créancier à mon insu, le gage ne devient pas valable directement, mais l'action

(1) Machelard, *Textes sur l'hypothèque*, p. 116.

hypothécaire utile sera donnée au créancier. » Modestin accorde donc formellement l'action au créancier.

Loi 41 : « Vous avez donné en gage la chose d'autrui, ensuite vous êtes devenu propriétaire de cette chose l'action utile du gage est donnée au créancier (ceci a trait au cas inverse où le constituant de l'hypothèque devient propriétaire de la chose). Il n'en faut pas dire autant, si je deviens héritier de Titius, qui avait obligé ma chose sans ma volonté ; car, dans cette hypothèse, la faculté de poursuivre le gage ne sera point accordée au créancier. Il ne suffit point, en effet, pour que l'action utile du gage compète, que la même personne réunisse les deux qualités de propriétaire de la chose et de débiteur de la somme. » Paul est aussi formel que Modestin pour refuser au créancier toute action.

Ces solutions, diamétralement opposées sur la même question dans le même corps de lois, ont fortement tourmenté les commentateurs qui ont essayé par tous les moyens possibles d'arriver à une conciliation.

Accurse, Doneau pensent que la loi 22 suppose un *pignus* et qu'il s'agit de l'action *pigneratitia contraria*. Cette opinion est inacceptable : l'expression *pigneratitia* employée par le texte est loin d'être probante, car elle désigne souvent l'action réelle hypothécaire ; du reste, s'il s'agissait de l'action personnelle *pigneratitia,* elle serait donnée *directa* et non *utilis* puisque les obligations du défunt incombent à l'héritier.

D'après Voët la loi 22 vise bien l'hypothèque ordinaire comme la loi 41, mais elle suppose des conditions de fait différentes accompagnant la constitution de l'hypothèque. Modestin avait en vue le cas où la chose aurait été hypothéquée à linsu simplement du propriétaire, *ignoranti domino,* tandis que Paul supposait le constituant agissant malgré l'opposition formelle du propriétaire, *sine mea voluntate*. Vou-

loir trouver cette distinction dans les termes différents employés par les deux jurisconsultes semble bien hardi, et on peut du reste faire remarquer que, dans un cas comme dans l'autre, il y a absence de volonté du propriétaire.

D'autres conciliations ont été proposées par Buchel Sintenis, Mayer, elles reposent presque toutes sur des modifications matérielles à faire subir au texte jusqu'à en arriver à ajouter une négation au fragment de Modestin comme le fait Huschte.

Dans l'impossibilité de trouver une conciliation sérieuse et plausible, le plus simple ne serait-il pas d'admettre avec Cujas et Pothier une antinomie entre les deux textes, résultant des opinions différentes de Modestin et de Paul sur la question? Le texte de Modestin est tiré des *Libri differentiarum*, où se trouvaient consignées des espèces divisant les jurisconsultes, la loi 22 reproduirait l'opinion de Modestin sur cette question controversée.

En face de ces lois inconciliables, on admet donc l'existence de deux solutions différentes, mais quand il s'agit de savoir laquelle des deux doit être préférée, la discussion recommence : on ne sait qui doit l'emporter de Paul ou de Modestin !

Les uns tiennent pour l'opinion de Paul qui leur paraît plus juridique, en effet l'adition d'hérédité peut faire passer à l'héritier les obligations du *de cujus*, mais ne peut créer un droit réel qui exige la volonté du propriétaire.

Cujas et Pothier au contraire penchent pour Modestin ; à leur avis ses ouvrages postérieurs à ceux de Paul, marquent le dernier état du droit, et en outre la décision de Modestin est insérée au chapitre relatif à la matière.

Le constituant de l'hypothèque doit non-seulement être propriétaire, mais avoir la faculté d'aliéner. Il est

donc nécessaire de faire l'application des règles relatives à la capacité d'aliéner. La variété des espèces et les différentes étapes qu'a parcourues la législation romaine, ne nous permettraient d'offrir sur cette matière qu'un exposé incomplet. D'autre part l'examen détaillé de la question devant nous entraîner hors de notre sujet, nous nous bornerons à poser ce principe général que la capacité requise pour hypothéquer est celle d'aliéner.

§ II. — Au profit de qui peut être constituée une hypothèque.

La condition indispensable pour recevoir valablement une hypothèque, c'est d'être créancier, c'est la conséquence du caractère accessoire de l'hypothèque, qui ne peut se concevoir sans créance et au profit d'un autre que le créancier.

Tout créancier peut donc recevoir une hypothèque, soit par lui-même, soit par toute personne en sa puissance, ainsi le *paterfamilias* acquérait le bénéfice d'une hypothèque consentie en faveur de son esclave, ou du fils qu'il avait sous sa puissance.

Pouvait-on acquérir une hypothèque par un mandataire *extraneus*, même muni d'un mandat spécial? Nous savons que d'après les idées primitives des Romains sur la représentation, le mandant ne pouvait acquérir directement aucun droit par l'entremise du mandataire. Toute obligation, tout droit réel acquis par le mandataire reposait sur la tête de celui-ci, et le bénéfice devait être ultérieurement transmis au mandant par une cession formelle.

Ces principes sont formulés dans la loi 11, § 6, D, XIII, 7 « *per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur* », le mandant n'était pas in-

vesti de l'action hypothécaire, et il lui fallait pour l'intenter une cession du mandataire, c'était bien la doctrine générale. Toutefois la loi 21, D, XX, 1 donne une solution contraire, « Si une convention d'hypothèque a eu lieu entre mon fermier et mon procureur, soit que je ratifie la convention, soit que j'aie donné mandat, elle sera censée passée entre moi et mon fermier. » Le jurisconsulte supposant que le *procurator* du bailleur s'est fait consentir une hypothèque par le *colonus*, décide que l'action hypothécaire passant par dessus la tête du mandataire, appartiendra directement au mandant. C'est, pensons-nous, une dérogation à la règle de la loi 11, § 6, justifiée par la faveur dont jouissait le bail a ferme, mais non le renversement de la théorie générale des Romains sur les effets du mandat.

Une autre exception à ces principes généraux se rencontre enfin dans la constitution 2, C, IV, 27. Il avait été admis que pour le *mutuum,* la *condictio ex mutuo* naîtrait directement dans la personne du mandant, tandis que l'hypothèque consentie pour sûreté de la dette, reposerait sur la tête du mandataire. Justinien corrigea cette anomalie en décidant dans la constitution 2, que l'action hypothécaire naîtrait directement au profit du mandant.

Le pupille pouvant acquérir valablement sans l'intervention de son tuteur, il semblerait qu'il fut capable de recevoir seul une hypothèque à son profit. Cette solution souffre cependant quelque difficulté, à cause de la loi 38, D. XIII, 7, qui exige formellement l'autorisation du tuteur, lorsqu'il reçoit un gage de son débiteur.

Toutefois ce texte nous paraît devoir être restreint au cas du *pignus* proprement dit et ne pas être étendu à l'hypothèque. Le *pignus*, en effet, mettant le créancier en possession, créé des obligations à sa

charge et l'expose à l'action *pigneratitia*, tandis qu'il n'y a rien de pareil avec l'hypothèque, et il n'y a aucune raison pour interdire au pupille de recevoir seul une hypothèque, qui rend sa position meilleure.

Enfin l'hypothèque bien qu'impossible à ceux qui ne peuvent acquérir la chose, est permise aux *præses provinciæ*. C'est la situation à laquelle fait allusion la loi 24., D, XX, 2.

§ III. — **De la convention d'hypothèque**

Contrahitur hypotheca per pactum conventum dit Gaïus, 4., D, XX., 1. N'est-il pas étrange de voir le droit romain généralement si formaliste, se départir ici de sa rigueur et admettre pour l'hypothèque de telles facilités? La convention d'hypothèque était pour les Romains, la plus libre de toutes les conventions, dit M. Jourdan (1), et certes on est en droit de le regretter. Il est toutefois assez facile de s'expliquer pourquoi la constitution de l'hypothèque apparaît avec ce caractère dans la législation romaine. Si nous nous reportons à l'origine et au développement primitif de l'hypothèque, si nous remarquons qu'elle est la dernière étape d'une législation qui tend à la simplification, on comprend bien qu'après le *pignus* créé par la tradition, on devait en arriver à admettre la simple convention comme mode créateur de l'hypothèque, d'autant plus que le *precarium* remettant postérieurement au débiteur les objets dont il s'était dessaisi, effaçait en quelque sorte la tradition consentie.

L'hypothèque pouvant s'établir par convention, n'exigeait aucune solennité environnant cette convention, aucun terme sacramentel; l'échange des deux

(1) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 344.

volontés suffit, et si un écrit est rédigé, c'est uniquement en vue de faciliter une preuve ultérieure, mais non pour donner la vie à l'hypothèque.

La conclusion de l'affaire n'exigeait même pas la présence des parties, « *pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur* » (1). Une simple lettre missive suffisait pour porter au créancier le consentement du débiteur. La loi romaine n'exige même pas que cette lettre soit signée et datée, quelles que soient les lacunes à cet égard, elle est valable : « *quum convenisse de pignoribus videtur, non idcirco obligationem pignorum cessare, quod dies et consules additi, vel tabulæ signatæ non sint* » (2). Il est difficile de pousser plus loin la tolérance, et pourtant la décision de la loi 26, § 1, D., XX, 1, peut paraître plus exorbitante encore : un père emprunte une somme d'argent et fait écrire par son fils émancipé le billet, sous prétexte qu'il ne peut pas écrire lui-même, et ce billet porte que c'est la maison du fils qui est hypothéquée. Le père meurt, le fils répudie sa succession. Conservera-t-il sa maison libre d'hypothèque? Modestin nous répond : en écrivant ce que lui dictait son père, le fils a accompli un fait qui manifeste suffisamment son consentement à la constitution d'hypothèque. Par conséquent, sa maison demeure grevée d'hypothèque comme par le passé. Ce texte montre que le consentement à l'hypothèque s'induisait de simples faits et il est corroboré par la loi 5, § 2, D., XX, 2. Quelqu'un se portant fidejusseur, ratifie la convention d'hypothèque faite préalablement sur ses biens propres, par le débiteur qu'il cautionne.

L'intention seule suffit à établir l'hypothèque, sans que le débiteur formule aucun consentement. Ceci nous est prouvé par la loi 3, § 2, D., XX, 4. Il s'agit

(1) Loi 23, § 1, D., XX, 1.
(2) Loi 34, § 1, D., XX, 1.

dans ce texte du propriétaire d'un immeuble qui a donné à un tiers le droit de le vendre. Papinien en conclut qu'il a concédé une hypothèque.

La remise au créancier des titres de propriété de l'immeuble entraîne par interprétation de volonté l'hypothèque sur le fonds, const., 2, C., VIII, 17. « *Quum constet pignus consensu contrahi, non dubitamus eum qui emtiones agrorum suorum pignori posuit de ipsis agris obligandis cogitasse.* »

De tous ces textes, il résulte que le consentement du débiteur à la constitution d'hypothèque peut être tacite, intentionnel, ou formellement exprimé; le résultat est toujours le même. Le droit réel d'hypothèque est constitué indépendamment de toute tradition, ou d'autre formalité.

L'hypothèque ainsi constituée, on peut recourir à toute espèce de preuves pour établir son existence et sa date ; ces preuves une fois faites, l'hypothèque produit tous ses effets, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers.

La clandestinité résultant de cette absence de toute formalité, aboutissait à léser gravement les tiers, qui pouvaient ignorer l'affectation hypothécaire dont les biens du débiteur étaient grevés. La législation avait pris certaines précautions pour atténuer cet inconvénient, elle frappait des peines du stellionnat celui qui hypothéquait ses biens sans déclarer qu'ils étaient déjà grevés, mais le résultat pratique était maigre. Il eut mieux valu substituer à ces rigueurs un bon système de publicité. On voit quelquefois dans la constitution de l'empereur Léon de 449 une tentative d'établissement d'un régime de publicité : nous ne pensons pas que cette idée soit exacte. L'empereur déclare bien que les hypothèques consenties par écrit seront préférées aux hypothèques simplement conventionnelles, mais ce n'est là qu'une question de preuve, et

après comme avant lui l'écrit n'a jamais été exigé a Rome, comme condition de validité de l'hypothèque.

Section II. — De l'hypothèque établie par testament.

L'époque de la naissance de cette institution inconnue à notre droit civil, fait l'objet d'un débat entre les commentateurs.

Pour les uns, l'hypothèque établie par acte de dernière volonté daterait de rescrits des empereurs Sévère et Antonin. En faveur de cette opinion, ils invoquent la loi 26, D, XIII, 7 dans laquelle Ulpien dit : « *testamento quoque pignus constitui posse, imperator noster cum patre sœpissime rescripsit.* »

Pour d'autres, ce serait une institution plus ancienne et les rescrits cités par Ulpien étaient destinés à sanctionner une pratique existante.

L'hypothèque établie par testament, fut une institution produite par une évolution lente des moyens d'assurer l'exécution d'un legs. A l'origine, la situation du légataire sous condition, en présence de l'héritier propriétaire, avait attiré l'attention du Préteur, qui, pour assurer l'exécution du legs, exigeait d'abord des cautions de l'héritier. Mais il était certains legs, pour lesquels il était difficile de trouver des cautions, à cause de leur durée incertaine : les legs d'aliments. Les testateurs eurent l'habitude de désigner un fonds dont les revenus seraient affectés au service des aliments, et l'héritier dut en transférer la propriété aux légataires. Cet arrangement étant défectueux pour l'héritier, on admit que le fonds serait simplement affecté à la garantie hypothécaire de la créance d'ali-

ments (1). Telle est l'origine de l'hypothèque testamentaire (2).

Souvent on confond l'hypothèque constituée par la convention, et celle née d'un testament sous le nom commun de *pignus voluntarium*, et on leur applique les mêmes règles. Ce serait, en effet, l'adition d'hérédité qui donnerait sa valeur à la disposition testamentaire, il y aurait à ce moment pacte d'hypothèque. Il est plus exact de voir là un legs proprement dit, auquel on appliquera autant que possible les règles des legs.

Les conditions de forme, de capacité seront les mêmes ; ce qui peut-être légué pourra être l'objet de l'hypothèque : la chose du testateur, celle de l'héritier, celle d'un tiers.

L'hypothèque testamentaire pourra être établie pour garantie de la créance contre le testateur, de la créance du légataire contre un tiers, de la créance contre l'héritier à raison d'une disposition testamentaire.

SECTION III. — De l'hypothèque établie par l'autorité du magistrat

On distingue deux sortes de gage établies par le magistrat : l'un portant le nom de *pignus prætorium* et se produisant dans les cas où il y a *missio in possessionem rei servandæ causa* ; le second, *pignus in causa judicati captum* se présentant comme correction du premier, en ce qu'il a de trop dur pour le débiteur condamné et n'exécutant pas la sentence.

(1) Loi 12, D., XXXIV, 1.
(2) Jourdan, *De l'hypothèque*, p. 390.

§ I.— « Du pignus prœtorium »

Quand le Préteur voulait vaincre le mauvais vouloir d'un débiteur ou garantir un droit actuel ou futur, il prononçait, au profit du créancier une *missio in possessionem* de tout ou partie des biens de l'adversaire.

La loi 26, D : XIII, 7, semble indiquer que toutes les fois que le magistrat envoyait quelqu'un en possession pour une cause quelconque, il constituait un droit de gage ; il n'en est cependant rien. Il est des *missiones in possessionem* qui par elles-mêmes présentent assez de garanties pour ne pas avoir besoin de supposer en outre une hypothèque. Ce n'est qu'aux *missiones* ne présentant pas par elles-mêmes un caractère d'efficacité suffisante que s'adjoint le *pignus prœtorium.*

Ulpien indique dans la loi 1, D., XLII, 4 les différentes *missiones in possessionem* du droit prétorien. Ce sont :

1° L'envoi en possession dans l'intérêt des héritiers. Ici l'héritier ne demande pas un gage, mais bien sa chose. Les principaux cas sont : la *missio in bona ex carboniano edicto* accordée à l'impubère successible dont l'Etat est contesté; *la missio in possessionem ventris nomine* dans l'intérêt de l'enfant dont la veuve du *de cujus* se prétend enceinte ; la *bonorum possessio furiosi nomine,* le curateur n'a qu'une *bonorum possessio* provisoire pour réserver au *furiosus* guéri le libre exercice de son droit.

2° L'envoi en possession dans l'intérêt des légataires. Il est accordé au légataire qui ne peut exiger la délivrance immédiate de son legs, et à qui l'héritier refuse caution. Si le legs est exigible, il y a lieu à l'expiration

du délai de six mois à la *missio antoniana* introduite par un rescrit de Caracalla (1).

3° L'envoi en possession *rei servandæ causa* accordé aux créanciers. Cette *missio* se produit dans des circonstances différentes, mais elle répond toujours à l'un de ces deux besoins : elle a lieu, 1° pour arriver à l'exécution d'une décision judiciaire ; 2° pour sauvegarder les intérêts du demandeur qui est empêché de le faire, par suite d'une défense insuffisante de la part de son adversaire (2). Peu importe que cette défense insuffisante résulte d'une cause indépendante de la volonté du débiteur ou de son intention frauduleuse.

Dans les envois en possession attribuant un droit de propriété comme celui en faveur des héritiers, il n'est pas question de *pignus prætorium*. Dans d'autres, par exemple, dans celui *servandorum legatorum causa*, l'idée de gage n'apparait que d'une manière très restreinte, les légataires n'ayant pas le droit de vendre. Au contraire, lorsqu'il s'agit des *missiones rei servandæ causa*, on peut arriver à la vente des biens, et on trouve les principaux effets d'une véritable constitution d'hypothèque.

Parler du *pignus prætorium*, c'est donc parler de l'envoi en possession *rei servandæ causâ*, qui en est le principe et l'origine.

1° QUI PEUT DEMANDER L'ENVOI ET A QUI PROFITE-T-IL ?

Tous les créanciers, ou plusieurs, ou même un seul d'entre eux peuvent obtenir l'envoi en possession, mais celui qui l'obtient ne fait pas seulement son affaire, il fait celle de tous ses cocréanciers (3). Justi-

(1) Loi 5, § 16, D., XXXVI, 4.
(2) Gaius, *Com*, III, § 78.
(3) Lois 5, § 2, D., XXXVI, 4 et 12, D., XLII, 5.

nien (1) confirme pleinement cette règle ; il considère comme juste que tous les créanciers d'un même débiteur jouissent de l'envoi en possession obtenu par l'un d'eux, et que les causes de préférence ne soient pas le prix de la course. Mais il ne faut pas favoriser la négligence, et la constitution 10 subordonne la *communio in rerum possessione* à une condition : pour en jouir, les créanciers présents, c'est-à-dire qui habitent la province où sont situés les biens faisant l'objet de cette mesure, doivent se faire connaître dans le délai de deux ans, les absents, ceux qui habitent une autre province, dans le délai de quatre ans.

Tout créancier, avons-nous dit, a le droit de demander l'envoi en possession, et cette proposition est d'une vérité incontestable, lorsqu'on le suppose pur et simple ; il n'en est plus ainsi, s'il est conditionnel ou à terme.

Paul accorde le bénéfice de l'envoi, même aux créanciers dont le droit est soumis à certaines modalités (2), puis après avoir dit oui dans son *Commentaire sur l'Edit*, il dit non dans son livre des *Questions* (3). Ulpien est, en ce sens, pour refuser l'envoi (4).

On est fort embarrassé pour donner une solution, en présence de ces textes contradictoires. D'après Cujas, l'envoi est accordé au créancier conditionnel ou à terme ; c'est ce que dit la loi 6 pr. ; mais il ne produit pas de droit de gage, il ne donne pas lieu à une prise de possession effective : c'est ce que dit la loi 14, § 2.

Doneau pense qu'il n'y a pas contradiction ; un créancier conditionnel peut et ne peut pas être envoyé en possession selon les circonstances : il ne jouit pas

(1) Loi 10, C., VII, 72.
(2) Loi 6, D., XLII, 4.
(3) Loi 14, § 2, D., *Eod tit.*
(4) Loi 7, § 14, D., *Eod tit.*

de ce bénéfice, si pour l'exercer il veut user de son propre droit, autrement dit il ne peut le demander, mais si l'envoi a déjà été accordé, il doit en profiter.

Selon d'autres auteurs, il faut distinguer le cas où le créancier à terme ou sous condition a une action de bonne foi, et celui où il a une action de droit strict. Au premier cas, même avant le terme ou la condition, il pouvait agir pour réclamer une caution garantissant le paiement, lors même qu'il n'avait rien été convenu sur ce point, il semble juste d'accorder l'envoi à défaut de cette caution. C'est cette hypothèse que prévoit la loi 6, qui permet la *missio.* Au second cas, le juge étant lié par la convention des parties, ne pouvait ordonner de fournir caution, si cela n'avait été prévu d'avance, et l'envoi en possession ne sera pas accordé, c'est le cas visé par la loi 14.

Enfin M. Accarias (1) propose une autre explication : « Paul, dit-il, faisait des distinctions que les compilateurs ont supprimées. Peut-être admettait-il le créancier conditionnel à demander la *missio in possessionem* dans le cas où le débiteur était mort sans héritier, tandis qu'il lui refusait ce droit lorsque le débiteur se cachait *fraudulationis causâ,* deux textes rendent cette distinction vraisemblable (2). »

En présence de toutes ces explications assez conjecturales, le mieux ne serait-il pas de reconnaître que sur ce point, les jurisconsultes romains étaient en désaccord? Les intérêts d'un créancier conditionnel méritent d'être garantis, mais il ne faut pas prendre de sûretés trop sévères contre celui qui ne sera peut-être jamais débiteur : telles sont les idées qui dominent toute cette matière et elles sont à peu près inconciliables.

(1) *Cours de droit romain*, II, p. 899.
(2) Lois 7, § 14, D., XLII, 4; 4 pr., D., XLII, 6.

2°. — COMMENT EST PRONONCÉ L'ENVOI EN POSSESSION

Les magistrats supérieurs sont seuls compétents pour prononcer l'envoi en possession, à Rome, le Préteur, dans les provinces, le Gouverneur. En effet, la compétence des magistrats municipaux n'allait pas jusque-là (1). Si les biens, objet de l'envoi, étaient situés dans le ressort du magistrat qui avait nommé le *judex*, pas de difficulté. Se trouvaient-ils dans le ressort d'un autre magistrat, la loi 15, pr. D., XLII, 1, indique que celui-ci poursuivra l'exécution « *si hoc jussus est* » dit Ulpien, cela signifie d'après Cujas : s'il a reçu une sorte de commission rogatoire de son collègue.

L'envoi en possession n'était possible qu'après l'expiration de trente jours à l'époque des XII Tables (*Tabula Tertia*, 1). Il était accordé aux héritiers et autres successeurs à titre universel du débiteur (2), mais il était refusé aux fidéjusseurs et *mandatores*. Justinien porte le délai à quatre mois, et l'accorde tant au débiteur principal qu'aux fidéjusseurs (3). Sous la procédure formulaire ce bénéfice était accordé dans toute action, la condamnation étant toujours pécuniaire; mais il est probable que sous la procédure extraordinaire où la chose elle-même doit être restituée, ce bénéfice n'était pas accordé au débiteur dans les actions *in rem*, le motif qui l'avait fait admettre n'existant pas dans cette hypothèse, le débiteur n'a en effet besoin de recourir à personne pour se procurer ce qu'on lui réclame : il l'a à sa libre disposition.

(1) Loi 26, § 1, D., L, 1.
(2) Loi 29, D., XLII, 1.
(3) Lois 2 et 3, § 1, C., VII, 54.

3°. — SUR QUELS BIENS PORTE L'ENVOI EN POSSESSION

L'envoi porte sur tout l'ensemble du patrimoine (*Cicéro, pro Quintio, XXIX*); toutefois on en excepte les objets ayant pour le débiteur une valeur d'affection considérable. A l'époque du système formulaire, toute condamnation étant pécuniaire, peu importait que l'action fut ou non *in rem*. La *missio* résultant de cette condamnation, était toujours générale, et ne portait pas seulement sur les biens, objet du procès. Au contraire, sous le régime extraordinaire, comme la condamnation *in rem* portait sur la chose même, l'exécution ne portait que sur la chose, objet du procès et non sur l'universalité.

4°. — EFFETS DE L'ENVOI EN POSSESSION

Le décret d'envoi rendu, le créancier se met lui-même en possession. Le débiteur est privé de l'administration de ses biens et son *existimatio* est entamée (1). L'envoi ne transfere pas la propriété aux créanciers qui l'obtiennent, il ne leur donne même pas la possession *ad usucapionem* (2), il les constitue simples gardiens, ils n'ont donc pas les interdits possessoires et sont protégés par le Préteur au moyen d'un interdit spécial, *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, donné au cas de dol. Les créanciers, mis en possession, nomment un *curator* pour administrer les biens, celui-ci se substitue au débiteur dessaisi et il ne répond que de son dol.

Outre le droit de détention et celui d'administration, la *missio* donne aussi aux créanciers le droit de gage, *pignus prœtorium*, quand l'envoi est suivi de la prise

(1) Gaius, II, § 154 et IV, § 102.
(2) Loi 8, C., VII, 72.

effective de la possession (1). Cette prise de possession est indispensable pour l'existence de tout gage constitué par un magistrat : « *ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui nisi ventum fuerit in possessionem* », et cette règle trouve sa confirmation dans la loi 2, C. VIII, 17. C'est là la grande différence entre le gage conventionnel et le gage prétorien.

Il en existait entre eux une autre dans l'ancien droit, du moins d'après certains jurisconsultes ; on hésitait à attacher le droit de suite au *pignus prætorium*. Justinien assimile en ce point tous les gages : celui qui a le *prætorium pignus*, jouit d'une action en recouvrement, de quelque façon qu'il ait perdu la possession, soit sans faute, soit par cas fortuit, soit par sa faute; il jouit de la même action et des mêmes prérogatives que le créancier hypothécaire, et cette communauté d'attributs justifie et explique ce titre d'hypothèque que l'empereur donne au *pignus prætorium* (2). Mais même après les innovations législatives de ce dernier, il existe encore une différence entre le *pignus prætorium* et les autres hypothèques. Le rang de celles-ci se détermine par la règle : *prior tempore potior jure*, tandis que tous les créanciers venus, même successivement, à l'envoi sont sur un pied d'égalité parfaite, sauf les causes de préférence nées antérieurement à l'envoi en possession.

§ II. — Du pignus in causa judicati captum.

1° SON BUT, SON ORIGINE, SES CONDITIONS D'EXISTENCE.

Le *pignus prætorium* est un mode d'exécution des jugements, *le pignus in causa judicati captum* en est un autre; mais le premier se produit dans beaucoup

(1) Loi 26, 1, D., XIII, 7.
(2) Loi 2, C., VIII, 22.

d'autres hypothèses que celle d'une sentence, tandis que le second est spécial à ce fait juridique.

De cette communauté de but, il ne faut pas conclure à une communauté d'origine et à un double emploi, ce gage, pris spécialement dans le cas d'une instance, est un progrès sur l'envoi en possession, c'est une correction de ce qu'à de trop dur pour le débiteur ce dernier mode d'exécution. Pourquoi saisir et vendre la totalité du patrimoine d'un débiteur, si quelques-uns de ces biens suffisent à désintéresser le créancier? Telle est l'idée qui inspira le nouveau système. Ulpien (1) fait remonter son apparition au règne d'Antonin le Pieux, mais il est plus probable que ce fut l'œuvre du Préteur, les empereurs ne firent que l'interpréter et l'étendre.

Le *pignus in causa judicati captum* étant une sanction de la sentence, il s'en suit que des gages ne peuvent être pris avant qu'elle ait été rendue, et que les délais accordés pour l'acquittement de la dette ne soient expirés; mais ensuite le Préteur ordonne la saisie d'une partie du patrimoine du débiteur, suffisante pour mettre le créancier à l'abri de tout danger. Cette saisie est opérée par les *exercitores ou apparitores* chargés de mettre à exécution les ordres du magistrat. Personne ne pouvait faire exécuter de sa propre autorité la sentence rendue à son profit, il fallait s'adresser au magistrat pour obtenir le *pignus*, on n'aurait pu le prendre en vertu d'un *jussus* du *judex*; mais sous le système extraordinaire, il n'y a plus à faire cette distinction. Le créancier recourait donc au magistrat compétent. Le magistrat accordait le *pignus extra ordinem*, si la sentence n'était pas contestée, dans le cas contraire, il y avait lieu à l'action *judicati*. Le *pignus* n'existait

(1) Loi 31, D., XLII, 1.

qu'à partir de la saisie ordonnée par le magistrat et réalisée par les *exercitores*.

2° SUR QUELS BIENS PORTE-T-IL

A l'inverse du *pignus prætorium*, il porte sur des objets particuliers et non sur l'ensemble du patrimoine. Tout ce qui est dans le patrimoine du débiteur, meubles, immeubles, peut être saisi : les créances elles-mêmes sont susceptibles de l'être (1). Un certain ordre doit être observé dans la prise des objets en gage, cet ordre est basé sur le sentiment de préférence que l'homme a pour certains biens, et l'intérêt qu'il a à garder les uns plutôt que les autres. On commençait par saisir les meubles; en cas d'insuffisance des meubles, les immeubles, enfin, à défaut d'objets corporels on en venait aux créances (2).

3° SES EFFETS

Le *pignus in causa judicati captum* frappe l'objet d'indisponibilité au profit du créancier, sans priver le débiteur de la possession juridique. Mais le créancier qui a obtenu le *pignus* ne peut en poursuivre lui-même la réalisation, pas plus qu'il n'a pu faire la saisie, ces deux actes sont accomplis par les *executores*. Le créancier qui a reçu du magistrat le *pignus* ne représente pas les autres créanciers, il agit pour lui seul et s'assure un droit de préférence sur les objets saisis, à la différence de ce qui se passe dans le *pignus prætorium*. On voit ainsi que si le *pignus in causa judicati captum* diffère encore du gage conventionnel, en ce qu'il ne peut exister sans la mise en possession, il s'en rapproche en ce qu'il crée un droit de préférence au profit du créancier.

Avant d'en finir avec le gage constitué par le magistrat, il faut donner un rapide parallèle du *pignus præ-*

(1) Loi 15, § 8, D., XLII, 1.
(2) Loi 15 § 2, D., XLII, 1.

torium et du *pignus in causa judicati captum* pour faire ressortir leurs différences essentielles. Le *pignus prœtorium* n'établit pas d'inégalité entre les créanciers qui l'obtiennent à diverses époques, le *pignus in causa judicati captum* attribue au contraire la préférence à ceux qui l'ont obtenu avant tous autres ; l'un est général, porte sur l'universalité des biens, l'autre sur des objets spéciaux ; dans celui-ci les créanciers ont le droit de se nantir eux-mêmes, dans celui-là la saisie ne peut s'opérer que par le ministère d'officiers du magistrat.

SECTION IV. — De l'hypothèque établie par la loi.

Le dernier mode générateur de l'hypothèque que nous ayons à étudier est la loi, mais quand les textes désignent cette dernière classe d'hypothèque, ils se servent de l'expression *pignus tacitum*, *tacitœ conventiones* et c'est dans les glossateurs du Moyen-Age seulement, que l'on trouve les mots *hypotheca legalis*. La raison de cette terminologie peut se trouver dans l'une des deux idées qui servent de source à ces hypothèques. Souvent la loi, en créant cette hypothèque, a voulu mettre dans la convention ce que les parties ont omis d'y insérer et ici, l'expression *pignus tacite contractum* s'explique bien. La loi a suppléé les parties, elle a fait ce qu'elles ont laissé sous silence, l'hypothèque existe en vertu de leur volonté sous entendue. Il est vrai, que dans d'autres cas nombreux, la loi fait résulter l'hypothèque de la qualité de la créance, et de la faveur dûe à la personne ; il est difficile de dire ici que la loi a supposé

et suppléé l'intention des parties. Quoi qu'il en soit, les Romains les qualifient des mêmes noms et les effets en sont les mêmes.

L'hypothèque tacite peut dans certains cas être utile, c'est ainsi que l'hypothèque du bailleur se justifie, mais son extension la rend dangereuse surtout avec la clandestinité qui caractérise ces hypothèques.

C'est assez tard qu'apparurent dans le droit romain les hypothèques tacites, et cela se comprend, car l'hypothèque conventionnelle, bien que connue depuis longtemps, fut longtemps d'un usage peu répandu, le cautionnement lui étant préféré comme mode de sûreté.

L'hypothèque tacite pouvait comme l'hypothèque conventionnelle s'établir sur un objet spécialement déterminé ou sur l'ensemble du patrimoine. La première application de l'hypothèque légale paraît être l'hypothèque spéciale, donnée au bailleur d'un fonds urbain. Le texte le plus ancien que l'on connaisse sur les hypothèques tacites vise cette situation c'est la loi 4, D, XX, 2 du jurisconsulte Nératius qui vivait sous Trajan et Adrien (98-138). Quant à l'hypothèque générale du fisc, la date de son introduction est très discutée, et le champ des conjectures est vaste, les uns la faisant remonter au règne d'Auguste, les autres soutenant qu'elle ne date que de Septime-Sévère et Antonin Caracalla (214).

Nous examinerons successivement les hypothèques légales spéciales, les hypothèques légales générales, en suivant l'ordre de leur apparition dans le droit et enfin les hypothèques légales privilégiés.

§ I. — Hypothèques légales spéciales.

1° *Hypothèque du locator d'un prædium urbanum sur les invecta et illata* (1). — Cette hypothèque ne fait que sous entendre une convention d'hypothèque qui était généralement l'accessoire du contrat de louage. Elle était destinée à garantir la créance du loyer et la jurisprudence l'étendit à toutes les obligations dérivant du contrat de bail (2). Elle portait sur toutes les choses que le locataire avait apportées dans la maison pour la garnir et y demeurer (3), et c'est l'apport réel des meubles qui fixe la date de l'hypothèque. Elle frappe en outre les meubles apportés par le sous-locataire à titre onéreux (4).

2° *Hypothèque du bailleur d'un prædium rusticum sur les fruits et produits de la chose* (5). — Le bailleur du *prædium rusticum* qui a hypothèque sur les fruits et produits de la chose n'en a pas sur les *invecta et illata* (6), Le soin des Romains d'assurer la bonne exploitation de leurs biens ruraux leur faisait exiger des fermiers des sûretés réelles, ils stipulaient une hypothèque sur les choses apportées par le fermier, et se faisaient habituellement engager les fruits et récoltes. Cette clause fut sous-entendue, et le bailleur eut une hypothèque tacite sur les produits du fonds affermé, tandis qu'il fallait la stipuler expressément pour les *invecta et illata*. L'hypothèque date du jour de la perception car c'est alors que les fruits acquièrent une existence propre. Cette hypothèque

(1) Loi 4, D., XX, 2.
(2) Loi 2, D., XX, 2.
(3) Loi 7, § 1, D., XX, 2.
(4) Loi 11, § 5. D. XIII, 7.
(5) Loi 7, princ., D., XX, 2.
(6) Loi 4, princ, D., XX, 2.

garantit comme la précédente tant le fermage que les obligations résultant du bail.

3° *Hypothèque accordée à celui qui a prêté de l'argent pour reconstruire une maison* (1): — Cette hypothèque qui a pour but de prévenir la dégradation des maisons dans Rome, et d'en faciliter la reconstruction a été créée par un S. C. rendu sous Marc-Aurèle (165-180.) Cette hypothèque frappe non-seulement la maison, mais même l'emplacement (2).

4° *Hypothèque du pupille sur les choses achetées des deniers à lui appartenant.* — Elle fut établie par une Constitution de Septime-Sevère et Antonin Caracalla, ainsi que nous l'apprend un rescrit d'Alexandre (3). C'est une des nombreuses protections accordées aux pupilles, c'est le complément de la mesure qui a rendu leurs immeubles inaliénables. Elle porte sur les acquisitions réalisées par le tuteur, ou par un tiers non autorisé, à l'aide des deniers du pupille.

5° *Hypothèque des légataires sur les biens de la succession.* — Elle fut créée par Justinien (4) au profit de tout légataire ou fidéicommissaire, et elle leur appartient contre la personne chargée d'acquitter le legs ou le fideicommis, et sur la part de succession revenant à celle-ci.

§ II. — Hypothèques légales générales

1° *Hypothèque du fisc.* — C'est sous Septime-Sevère et Antonin Caracalla (214) qu'on en trouve la première mention (5), mais il est possible que la loi *Vi-*

(1) Loi 1, D. XX 2.
(2) Loi 29, § 2, D., XX, 1.
(3) Loi 6, C., VII, 8; 7, D., XX, 4.
(4) Loi 1, C., VI, 43.
(5) Loi 1, C., VIII, 15.

cesimaria d'Auguste frappait déjà d'une hypothèque tacite tous les biens des fermiers du fisc comme garantie de la perception de l'impôt des successions (1). Cette hypothèque garantit les créances du fisc pour les impôts et les peines pécuniaires, elle remonte au moment où la dette prend naissance.

2° *Hypothèque des impubères, des mineurs et des aliénés.* — On ignore si c'est Septime-Sevère ou Constantin qui l'accorda aux impubères et aux mineurs, mais il est certain que c'est Justinien (2) qui l'a étendue aux *furiosi*. Elle a pour assiette la fortune entière des tuteurs et curateurs, et pour point de départ le jour où l'administration a commencé, ou aurait dû commencer. Si la mère se remarie elle porte sur les biens du second conjoint à la date du second mariage.

3° *Hypothèque des enfants sur les biens du père ou de la mère, pour garantie de la restitution de certains biens.* — Cette hypothèque est destinée à garantir la restitution aux enfants des *lucra nuptialia*, c'est-à-dire des avantages que l'un des époux a reçu d'un conjoint prédécédé. Si l'époux survivant contracte un second mariage, l'attente des enfants du premier lit est déçue, et l'hypothèque sur tous les biens leur est accordée pour garantie, à la date du jour où les *lucra nuptilia* sont échus au parent (3).

Les enfants ont aussi une hypothèque légale sur les biens de leur père pour garantie de la restitution des biens venant de leur mère ou d'ascendants maternels, si le père en a l'administration (4).

4° *Hypothèque de la femme orthodoxe à raison de sa dot de ses paraphernaux et de la donation propter nuptias* (5). Cette hypothèque fut créée par Justinien,

(1) *Fragmenta de jure fisci*, 5.
(2) Loi 7, C., V, 70.
(3) Lois 6, § 2 et 8, § 4, C., V, 9.
(4) Loi 8, § 5, C., V, 9.
(5) Loi 1, C., V, 13.

elle appartenait à la femme et à ses héritiers (1) sur tous les biens du mari y compris les choses dotales.

5° *Hypothèque du mari sur les biens de celui qui a constitué la dot pour garantie du paiement* (2).

6° *Hypothèque de l'héritier du conjoint décédé sur les biens du conjoint survivant*, pour garantie de la restitution des libéralités du défunt, faites sous la condition de ne point se remarier (3).

7° *Hypothèque des églises et corporations religieuses* sur les biens de l'emphytéote à raison des dégradations qu'il a commises (4).

§ III. — **Hypothèques légales privilégiées.**

Ce sont des hypothèques tacites, auxquelles le législateur s'est montré plus favorable, en les dotant d'un privilège. Ces hypothèques priment d'autres hypothèques qui ont pris naissance en même temps ou plus tôt.

1° *Hypothèques tacites privilégiées propter versionem in rem.* Elles sont les plus anciennes et furent introduites par les jurisconsultes classiques. Elles appartiennent aux créanciers dont l'argent a servi soit à acquérir une chose, soit à la conserver ou l'améliorer. Les conditions d'existence de cette hypothèque privilégiée sont : 1° une dépense faite en vue de conserver ou d'accroître le patrimoine, qui sert de gage commun aux créanciers; 2° une hypothèque venant garantir cette créance, stipulée expressément par le créancier, à moins que sa créance n'entraîne de plein droit une hypothèque légale.

(1) Loi unique, § 13, C., V, 13.
(2) Loi 1, § 1, C., V, 13.
(3) *Novelle*, XXII, ch. 44.
(4) *Novelle*, VII, ch. 3, § 2.

2° *Hypothèque privilégiée du fisc.* L'hypothèque tacite du fisc pour le recouvrement des impôts était dotée d'un privilège (1). Un second cas d'application de l'hypothèque privilégiée du fisc se présente en ce qui concerne les dettes primipilaires (2). Enfin en troisième lieu, la question est discutée de savoir si l'hypothèque du fisc pour ses créances contractuelles est privilégiée. La loi 28, D., XLIX, 14, fondamentale en la matière a donné lieu à de nombreux systèmes. Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans la discussion, nous nous bornerons à dire que l'hypothèque du fisc pour créances contractuelles est privilégiée, mais elle ne prime que les créanciers qui ne sont pas antérieurs en date (3).

3° *Hypothèque privilégiée dotale.* L'hypothèque dotale privilégiée créée en 531 par la loi *assiduis* (4), est le couronnement de toutes les faveurs accordées par Justinien à la dot. Cette hypothèque privilégiée appartient à la femme et à ses descendants (Novelle, 91, préface).

(1) 1, C., IV, 46.
(2) Loi 3, C., XII, 63.
(3) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 249, p. 791, 3e édit.
(4) Loi 12, C., VIII, 18.

ÉTUDE

SUR LA

PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

DANS LES

LÉGISLATIONS FRANÇAISE ET PRUSSIENNE

PREMIÈRE PARTIE

LÉGISLATION FRANÇAISE

INTRODUCTION

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

La conquête de la Gaule par les Romains avait importé la législation des vainqueurs, et l'hypothèque passa dans les pays conquis avec les caractères qu'elle avait à Rome.

Il ne semble néanmoins pas que la théorie de l'hypothèque se soit bien développée chez les Gallo-Romains et l'invasion des barbares vint complètement détruire les faibles racines de cette institution. On ne saurait en effet demander aux législations de ces peuples nouveaux la connaissance de l'hypothèque; c'est une conception juridique se rattachant à des idées trop abstraites pour être en faveur chez des peuples primitifs.

L'idée d'appréhension paraît plus naturelle, et des

esprits plus grossiers comprennent mieux le gage et l'antichrèse, que l'hypothèque. Ces deux modes de sûreté ont été les procédés usités à cette époque, mais à quel moment l'hypothèque reconquit-elle son rang ? Cette question est assez difficile à résoudre, les ténèbres qui entourent les premiers siècles de notre histoire ne le permettent guère.

Très vraisemblablement l'hypothèque dut reparaître avec l'établissement de la féodalité. L'enthousiasme général des jurisconsultes du xiv[e] siècle pour le droit romain provoque l'envahissement de la France par ce droit et nous trouvons à cette époque la théorie de l'hypothèque, à peu près telle qu'on la concevait à Rome.

C'est ainsi que dans presque toute la France l'hypothèque fut occulte comme à Rome. Dans les provinces où domina le système de clandestinité de l'hypothèque, les règles furent celles du droit romain sauf toutefois une grave différence introduite par l'usage et la jurisprudence. Tandis qu'à Rome l'hypothèque résultait d'un simple pacte sans formalité d'aucune sorte, nous trouvons dans l'ancien droit français ces deux principes : 1° l'hypothèque conventionnelle ne peut résulter que d'un acte notarié. 2° Tout acte notarié emporte hypothèque générale sur les biens du débiteur.

L'intervention d'un notaire ne rendait nullement les hypothèques publiques. Les tiers ne pouvaient pas savoir si un contrat passé chez un notaire d'un lieu très éloigné ne venait pas de frapper d'hypothèque tous les immeubles d'un propriétaire ; en outre les notaires ne devaient rien communiquer aux tiers, et en admettant même la publicité des actes notariés, chez quel notaire s'adresser pour savoir si tel immeuble est hypothéqué ? C'était, on le voit, dans ces pays la clandestinité qui régnait en maître.

Il n'en était pas de même dans toute la France, et certains pays, résistant à l'influence envahissante du droit romain, mirent à profit les solennités du droit féodal, pour organiser au moyen d'elles la publicité des hypothèques et des transmissions de propriété. Ces pays étaient dits *coutumes de nantissement*. L'étude des procédés employés pour réaliser la publicité en ces pays présente un grand intérêt historique, et il faut aussi mentionner les tentatives que fit la royauté pour établir des remèdes à la clandestinité.

§ I. — Pays de nantissement.

Les principales coutumes de nantissement étaient celles de Flandre, de Brabant, de Hainaut, d'Artois, d'Alsace, et en un mot presque tout le nord et le nord-est de la France. D'après les idées féodales, le seigneur conservait toujours un droit de domaine éminent, sur toutes les terres de sa juridiction, et dans les pays du nord il n'y avait pas de terre sans seigneur. Lorsque le vassal voulait aliéner un bien qui lui était inféodé, il devait obtenir l'assentiment du seigneur : la règle était la même pour constituer une hypothèque qui conduit à une aliénation, au cas de non exécution de l'obligation qu'elle garantit.

Quant aux formes de l'établissement de ces droits réels, elles variaient selon les pays. En général le créancier exhibait son contrat aux officiers de justice qui le nantissaient, de l'héritage engagé par une investiture simulée ; acte était donné de cette investiture, et mention en était faite sur des registres déposés au greffe de justice du lieu et accessibles à tous (1). Le nantissement s'opérait de trois manières

(1) Troplong, *Priv. et Hyp.*, II, n° 559.



communes aux transmissions de propriété et aux constitutions d'hypothèque, mais avec cette différence que dans ce dernier cas, les modes de prise de possession n'étaient que simulés.

1° Par *rapport d'héritage* (ou *saisine* et *desaisine*, *vest* et *devest*). Loyseau (1) en donne la définition à propos du transfert de la propriété, mais il s'applique aussi à la constitution de l'hypothèque. Les parties, débiteur et créancier, comparaissent devant le seigneur dont relève l'immeuble, ou devant le juge représentant le seigneur. Le débiteur déclare se désaisir de l'héritage, le juge lui donne acte de sa déclaration et prononce l'ensaisinement du créancier. Dans les coutumes d'Artois, du Cambrésis, le débiteur remettait au juge un bâton que celui-ci donnait au créancier ensaisiné.

2° Par *mainmise* ou *mise de fait* (2). — Le créancier devait tout d'abord avoir un titre valable. Pour cela il obtenait du juge compétent une commission équivalente à l'envoi en possession du Préteur à Rome. Muni de cette commission, le créancier se transportait sur le fonds, et y faisait acte de puissance matérielle. Puis cette mise de fait était signifiée par un sergent au débiteur et au seigneur, avec assignation à comparaître devant le juge pour discuter la validité de la mise de fait. Le juge rendait après discussion une sentence confirmant, avec effet rétroactif, la procédure accomplie.

3° Par *main assise*. — Ce procédé offre une certaine analogie avec le *pignus in causa judicati captum* des Romains. Le créancier, muni d'un titre authentique, s'adresse au juge pour obtenir une commission, en vertu de laquelle un sergent saisit l'immeuble au nom du seigneur ou du Roi. Le débiteur et le seigneur sont

(1) Loyseau, *Déguerpissement*, III, ch. I, n° 33.
(2) Artois, art. 75, Amiens, art. 144; Ponthieu, art. 111.

ensuite assignés en reconnaissance de la main-assise, et le juge en confirme la validité en ordonnant qu'elle subsistera jusqu'à ce que le créancier soit payé.

Enfin, il existe un autre mode plus simple de nantissement qui se pratiquait dans les coutumes de Laon, Reims, Péronne et qui s'appelle proprement « *ensaisinement* (1). » Le créancier exhibe son contrat portant hypothèque, aux officiers de la justice foncière. Un acte écrit est dressé de cette communication et enregistré au greffe ; mention de l'accomplissement de cette formalité est faite au dos du titre par le greffier qui signe cette mention. Loyseau nous dit que cette forme d'ensaisinement fut pratiquée dans l'ancienne coutume de Paris (art. 196), mais abolie lors de la réformation. L'article 55 de la nouvelle coutume « *ne prend saisine qui ne veut* » signifie que le nantissement n'est plus nécessaire ni pour la transmission de la propriété, ni pour la constitution de l'hypothèque.

Dans tous ces divers procédés de nantissement, une condition indispensable est une inscription des formalités accomplies sur des registres déposés aux greffes des justices foncières (2). Ces registres servaient à la fois à relater les transmissions de propriété et les constitutions d'hypothèque, le nantissement étant la forme commune de publicité. Et il est à remarquer que les règles prescrites pour la tenue de ces registres se rapprochent beaucoup de celles qui sont édictées aujourd'hui par la loi : ainsi, les registres doivent être cotés et paraphés, les actes doivent y être inscrits à la suite et sans blanc, enfin les greffiers doivent en délivrer des extraits à tout requérant.

Le système des pays de nantissement assurait donc aux hypothèques une publicité satisfaisante, mais par

(1) Loyseau, *Déguerpissement*, III, ch. I, n° 35.
(2) Péronne, art. 260 ; Reims, 177, Amiens, 145.

malheur, il y avait des exceptions à la règle de la publicité. C'est ainsi que dans certaines coutumes (1), les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires, créées par l'ordonnance de Moulins de 1566, étaient dispensées des formalités du nantissement.

Tel fut le système de publicité dans les pays de nantissement, il avait emprunté les formes féodales mais il n'en constituait pas moins pour les tiers un élément de sécurité dans les transactions. Cela explique pourquoi les tentatives de l'autorité royale qui à plusieurs reprises voulurent abroger ces coutumes en empruntant leur principe, soulevèrent les révoltes des juridictions locales. Les modifications que tentaient d'apporter les édits, n'offraient pas des avantages suffisants pour déterminer les pays du nord à abandonner le certain pour l'incertain, aussi en 1789 le nantissement était encore pratiqué dans un certain nombre de pays du nord, notamment en Flandre et en Artois.

§ II. — Edits royaux

Les jurisconsultes anciens n'avaient pas été sans reconnaître les avantages qu'offrait aux tiers le système des pays de nantissement et Loyseau disait : (2) « l'inconvénient est grand à l'égard d'un acquéreur de bonne foi, qui pensant être bien assuré de ce qu'on lui vend et que l'on met en sa possession, sachant bien qu'il appartenait à son vendeur, s'en voit enfin

(1) Amiens, 137; Reims, 182; Péronne, 268-269. La coutume d'Artois est muette sur l'hypothèque légale tacite des incapables et l'hypothèque judiciaire y était soumise aux formes du nantissement (art. 74). Cela se comprend, car l'ordonnance de Moulins de 1566 établissant l'hypothèque judiciaire est antérieure à la réunion de l'Artois à la France (1659).

(2) Loyseau, *D'guerpissement*, III, ch. I, n°s 16, 19.

évincé et privé par un malheur inévitable, au moyen des hypothèques précédentes, lesquelles étant constituées secrètement, il ne lui était possible de savoir ni découvrir. » Le jurisconsulte ajoutait ensuite que ces inconvénients ne se présentaient pas dans les coutumes de nantissement.

Néanmoins les légistes entourant le trône étaient trop imbus des idées romaines, pour conseiller au Roi une initiative vigoureuse en faveur d'un régime de publicité. D'autre part l'ingérence des Rois de France dans le domaine du droit privé se fit sentir assez tard. Presque partout en dehors de la sphère politique ils respectaient les coutumes observées par les populations; cela explique comment il faut aller jusqu'en 1581 pour trouver la première tentative de l'établissement de la publicité, et encore cet essai eut-il un but fiscal.

Henri III, par l'édit de Blois (juin 1581), créa le *contrôle* et exigea pour tout contrat excédant cinq écus la formalité du *contrôle*. La sanction était que « tous contrats portant hypothèque qui auront été enregistrés en la forme susdite, seront préférés pour lesdits droits d'hypothèque à tous autres qui ne l'auront été, bien qu'ils soient en date précédente » (1).

L'édit créait des charges de contrôleurs et fixait minutieusement les droits à percevoir. Le but principal de cet édit était de battre monnaie avec les nouveaux offices de contrôleur de titres que l'on créait. Il fut révoqué par l'édit de Chartres, de mai 1588.

Sully, le premier, comprit véritablement l'importance de la publicité, et posa la question sur son véritable terrain. « Aucune personnes disait-il en ses mémoires (2), de quelque condition ou qualité qu'elle put être, ne

(1) Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 14, p. 498 et suiv.
(2) *Mémoires*, liv. XXVI.

devrait pouvoir emprunter sans qu'il fut déclaré quelle dette avait déjà l'emprunteur, à quelles personnes, sur quels biens. » La déclaration de 1606 fut l'expression de ces idées. Elle reproduisait l'édit de 1581, en lui enlevant son but fiscal. Tout contrat excédant cinquante livres devait être soumis à la formalité du *contrôle* et n'emporterait hypothèque que du jour de l'accomplissement de cette formalité. Un seul parlement, celui de Normandie, consentit à l'enregistrer, et par conséquent restreinte à cette province la déclaration de 1606 n'eût jamais l'application d'une loi générale.

Colbert reprit l'idée de Sully en cherchant à la généraliser, et inspira en mars 1673 un édit « portant établissement de greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires » (1). Cet édit a bien pour but de fortifier le système hypothécaire par l'établissement de la publicité et l'extension du système des pays de nantissement : le préambule le déclare, du reste, formellement : « Nous n'avons point trouvé de meilleurs moyens pour assurer la conservation des fortunes, que de rendre publiques toutes les hypothèques et de perfectionner, par une disposition universelle, ce que quelques coutumes de notre royaume avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements. »

Dans chaque bailliage et sénéchaussée, sont créés des greffes d'enregistrement, où les créanciers pourront former leurs *oppositions* (art. 12). Ces *oppositions* sont l'équivalent des inscriptions d'aujourd'hui, et l'enregistrement en est requis par le créancier (art. 12). L'effet de ces *oppositions* est indiqué par l'article 21. « Les créanciers dont les *oppositions* auront été enregistrées seront préférés sur les immeubles sur lesquels ils auront formé leurs *oppositions*, à tous les

(1) Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 19, p. 73 et suiv.

autres créanciers non opposants, quoiqu'antérieurs et privilégiés, » mais les articles 22 et 23 consacrent deux exceptions fâcheuses à la règle de l'article 21, conséquence nécessaire de la publicité.

1° D'après l'art. 22, « ceux dont les créances ou droits n'excèdent pas la somme de deux cents livres sont conservés dans leurs hypothèques et privilèges, encore qu'ils n'aient fait enregistrer aucune *opposition* ;

2° Le créancier hypothécaire a, pour former son opposition, un délai de quatre mois ; et si elle est enregistrée dans les quatre mois, elle aura effet rétroactif au jour de la passation des actes (art. 23).

En outre, les hypothèques légales n'avaient pas besoin d'être inscrites pour être opposées aux tiers (art. 57-60) ; mais il est curieux de remarquer que l'édit de 1673 était, sur ce point, supérieur au Code civil, car la dispense d'inscription ne survivait pas à la cessation de l'incapacité. L'art. 58 obligeait les mineurs à former *opposition* sur les biens de leurs tuteurs dans l'année après leur majorité, et les veuves devaient agir de même dans l'année du jour du décès du mari (art. 64) ; au cas de séparation de biens, la femme avait un délai de quatre mois (art. 63).

L'édit réglementait minutieusement la tenue des registres dont le greffier devait délivrer des extraits à tous les requérants. Le greffier était responsable des inexactitudes ou des omissions qui pouvaient entacher les états délivrés par lui (art. 73 et 74).

Telles sont les dispositions principales de cet édit, remarquable par sa tentative d'établissement d'un système hypothécaire basé sur la publicité.

Les juridictions des pays de nantissement acceptèrent sans difficulté l'édit de 1673, bien que son article 71 abrogeât expressément l'usage des saisines et nantissements. C'est, en effet, que les dispositions de l'édit donnaient satisfaction aux exigences du crédit, en

consacrant leurs principes traditionnels. Il n'en fut pas de même dans tout le reste de la France, la résistance fut vive et un nouvel édit du mois d'avril 1674 vint abroger celui de l'année précédente.

Le système de clandestinité de l'hypothèque triomphait de la tentative de Colbert comme il avait triomphé de celle de Sully. La raison principale de ces échecs était le calcul mesquin de l'intérêt particulier. Les fortunes des nobles, diminuées par leur prodigalité, ne leur permettaient plus de tenir aussi brillamment leur rang à la Cour. Presque tous les grands seigneurs avaient dû appeler l'emprunt à leur secours, et l'édit de Colbert, venant dévoiler l'état de leur fortune, leur enlevait toute espérance d'un crédit, qui ne se soutenait que sur des apparences. La noblesse se trouva dans cette lutte soutenue puissamment par les Parlements qui refusèrent l'enregistrement de l'édit.

Les choses demeurèrent en cet état jusqu'à l'édit de juin 1771, œuvre du chancelier Maupeou. Cet édit ne crée pas un système de publicité, il établit certaines règles pour organiser un moyen de purge des hypothèques, moins défectueux et moins coûteux que l'ancien. L'usage des *décrets volontaires* fut aboli et remplacé par le système des *lettres de ratification*

L'acte d'acquisition était déposé au greffe par l'acheteur et affiché durant deux mois par les soins du greffier (art. 8) (1). Pendant ce temps les créanciers hypothécaires du vendeur pouvaient se révéler et former opposition aux mains du greffier. Après l'expiration du délai, l'immeuble était définitivement purgé des hypothèques qui ne s'étaient pas fait connaître et des *lettres de ratification* étaient délivrées à l'acqué-

(1) Isambert, *Des anciennes lois françaises*, t. 22, p. 530 et suiv.

reur. Les lettres étaient scellées à la charge des oppositions formées par les créanciers.

Ce système ne créait nullement la publicité et ne donnait pas plus de garantie aux tiers que la législation précédente, car les oppositions faites dans le délai de l'affichage par les créanciers attribuaient comme date aux hypothèques le jour de la constitution. On avait tout simplement créé un nouveau mode de purge.

Néanmoins l'édit abrogea par son art. 35, l'usage des saisines et nantissements. Les pays les pratiquant se refusèrent à accepter la législation nouvelle, le parlement de Flandre notamment fit entendre d'éloquentes protestations et l'autorité royale dut céder.

De cette rapide étude historique, il ressort que la clandestinité des hypothèques a été le droit commun de presque toute la France pendant toute la durée de l'ancien régime. Les tentatives faites par le pouvoir royal pour établir un système de publicité, échouèrent toutes, et c'était à la Révolution qu'était réservée la tâche de donner à la France un régime hypothécaire, conforme aux saines notions du crédit.

DROIT INTERMÉDIAIRE

Les graves événements du début de la Révolution ne permettaient pas de s'occuper sérieusement d'une réforme hypothécaire, les préoccupations d'ordre politique faisaient taire toutes tentatives de réforme et les lois des premières années ne peuvent être que des lois provisoires. Tel est bien le caractère de la loi du 27 septembre 1790 qui est le premier document que nous trouvons en matière hypothécaire. La nuit du

4 août avait vu l'abolition de toutes les formalités du régime féodal, et la conséquence était la disparition des principes justifiant le nantissement, et des institutions en assurant la pratique dans les pays du nord de la France, restés fidèles à leurs traditions.

La loi du 27 septembre 1790 consacre l'abolissement des formalités de *saisine, desaisine, vest, devest, mise de fait etc.,* mais pour respecter le principe de la publicité, décide que la transcription des grosses des contrats d'aliénation ou d'hypothèque tiendra lieu de ces formalités. Cette transcription devait s'opérer sur des registres tenus par les greffiers des tribunaux de district. A partir de la loi de 1790 dans les anciens pays de nantissement, la constitution des hypothèques résulte, comme le transfert de la propriété, de la transcription sur des registres.

Ces dispositions sur la transcription furent purement locales. La Constituante ne pouvait songer à enlever aux populations du Nord leur pratique de la publicité, et elle se borna à édicter de nouvelles formes en maintenant le principe.

D'autres décrets vinrent réglementer l'application de l'édit de 1771 maintenu provisoirement en vigueur, mais ni la Constituante, ni la Législative n'édictèrent une loi générale sur le régime hypothécaire.

Les projets de Code civil de Cambacerès présentés en 1793 et 1794, établissaient l'hypothèque publique. La Convention les rejeta successivement et introduisit par la suite dans le régime hypothécaire des idées nouvelles.

La Convention, justement inquiétée de la dépréciation effrayante des assignats, cherchait les moyens de créer un nouveau papier qui, établi sur les biens nationaux, viendrait permettre de retirer les assignats de la circulation. Johannot déposa le 16 Floréal an III, un projet de mobilisation du sol au moyen de *cédules*

hypothécaires (1). « La nation, dit Johannot, trouvera dans les cédules d'hypothèque sur les biens nationaux, un gage spécial à donner aux assignats émis. Elle y trouvera des ressources pour les dépenses futures sans faire de nouvelle émission d'assignats, divers moyens de les échanger contre des assignats opèreront une rentrée considérable de ces derniers ». On le voit par ces passages du rapport, la préoccupation du comité des finances est de créer un titre susceptible de remplacer l'assignat, et si les conventionnels cherchent à créer le crédit particulier, c'est uniquement pour en faire la base du crédit de l'Etat. Le rapport dit bien que la réforme est un moyen de réparer l'épuisement qui a suivi les crises révolutionnaires, mais c'est surtout l'épuisement de l'Etat qui préoccupe les hommes de l'an III.

Ces bases une fois admises, la loi dont Vernier fut rapporteur se divisa en deux parties distinctes : la première eut trait aux cédules, la seconde organisa le régime hypothècaire. Le 9 Messidor an III, la Convention l'adopta presque sans discussion.

Ce décret posant en principe pour la première fois la publicité des hypothèques est le point de départ du régime moderne et mérite comme tel une rapide analyse.

« Il n'y a d'hypothèques, disait l'article 3, que celles résultant d'actes authentiques inscrits dans des registres publics ouverts à tous les citoyens ». En conséquence il n'y a plus d'hypothèque tacite (article 17). Par là, l'hypothèque légale des femmes et des mineurs se trouvait abrogée. Comme aucune garantie nouvelle n'était créée en remplacement, cette suppression a été vivement critiquée. L'hypothèque résulte de plein droit et sans avoir besoin d'être exprimée, sur les biens présents et à venir des

(1) *Moniteur*, an III, p. 934.

obligés, de tout acte public et de tout jugement (articles 18 et 19); mais l'hypothèque n'a de force, ne produit d'effets que par l'inscription sur le registre du conservateur (art. 19).

Cette inscription s'opère sur le dépôt entre les mains du conservateur d'une double expédition sur timbre du bordereau de la créance. Le conservateur garde l'un des bordereaux et rend l'autre au créancier avec mention de l'inscription.

L'hypothèque prend rang au jour de l'inscription, à moins qu'elle ne soit inscrite dans le mois qui suit le jour de la constitution, auquel cas, elle rétroagit au jour du contrat (art. 22).

On le voit, la loi de Messidor consacrait absolument le principe de publicité, mais d'autre part, elle méconnaissait le principe de la spécialité quant à l'immeuble grêvé. En effet l'hypothèque résultant d'un acte régulier frappait (art. 19) les biens présents et à venir des obligés, des condamnés et même ceux de leurs héritiers, ce qui était exagérer encore le principe de la généralité reçu dans l'ancien droit.

En outre, le créancier pouvait faire inscrire son titre partout où il le jugeait convenable, même dans les arrondissements où son débiteur n'aurait aucune propriété territoriale (art. 25).

Au contraire la loi de Messidor exigeait la spécialité absolue quant à la créance garantie (art. 16), en ordonnant à peine de nullité de l'hypothèque, la détermination dans le titre, du montant de la créance.

Comme nous l'avons dit, le but principal de la loi de Messidor était la création d'un système de mobilisation du sol dont la réforme hypothécaire que nous venons d'étudier rapidement était le complément nécessaire. En quoi consistait ce système des cédules basé sur la notion de l'*hypothèque sur soi-même*, empruntée à la législation allemande? C'est ce que nous

exposerons très rapidement, cette matière étant étrangère à notre sujet.

Tout propriétaire qui désirait prendre des cédules sur ses biens devait faire au bureau du conservateur une *déclaration foncière*, servant à la justification de sa fortune immobilière. Cette déclaration mentionnait tous les biens possédés par le requérant dans chaque commune. Le propriétaire joignait ses titres de propriété, baux à ferme et à loyer, etc., en un mot tous les documents pouvant servir à l'évaluation des biens. Le conservateur avait le droit de critiquer cette déclaration, car il était garant de la valeur portée aux cédules (art. 36).

Si le conservateur trouvait que les titres du requérant n'affirmaient pas suffisamment sa propriété, la question était portée devant le tribunal, si le désaccord entre le requérant et le conservateur n'existait que sur la valeur des biens, le conflit se dénouait par une expertise (art. 48).

Une fois les questions de propriété et d'estimation tranchées, le propriétaire était inscrit sur le registre. Il pouvait alors se faire délivrer des cédules jusqu'à concurrence des trois quarts de la valeur de sa propriété (art. 36) ; il adressait à cet effet une réquisition au conservateur, indiquant le nombre des cédules qu'il désirait, et leur valeur (art 81). Un mois après cette réquisition (art. 78), le conservateur délivrait les cédules qui devaient avoir une durée maximum de dix ans. Ces cédules étaient inscrites sur un registre à souche et transmissibles par voie d'endossement, absolument comme les effets de commerce.

Ce fut là le grief principal que souleva la loi de Messidor : cette facilité de la transmission des cédules parut devoir compromettre la propriété et fut cause des anathèmes que l'on jeta sur la loi de Messidor lors de l'enquête de 1841 sur le régime hypothécaire.

Il ne rentre pas dans notre tâche d'étudier si ces craintes n'étaient pas un peu exagérées et si la loi de Messidor, sans être irréprochable, ne contenait pas en elle le germe d'une réforme utile au crédit hypothécaire. Les motifs de l'insuccès des réformes entreprises par la loi de Messidor, sont d'ordre politique, les commotions qui ébranlaient la France ne laissaient pas le calme nécessaire à une expérience aussi difficile que celle que voulaient tenter les partisans de la mobilisation du sol. Il eut fallu aux principes de la loi de Messidor un terrain plus ferme pour pouvoir fructifier, et l'expérience tentée à une époque de trouble et restée infructueuse alors, serait peut-être reprise utilement en des temps plus calmes.

La loi de Messidor qui devait être obligatoire, au 1er Nivôse an IV, fut prorogée par des décrets du 25 Frimaire an IV (1), et 19 Ventôse an IV (2). Pendant tout ce temps, la France restait toujours sans code hypothécaire ; la loi de Messidor étant soumise à un nouvel examen. La commission chargée de ce travail proposa de rapporter la loi et la discussion s'ouvrit aux Cinq-Cents le 2 Prairial an IX (3) sur cette proposition. Les discussions aboutirent à un nouvel ajournement le 14 Prairial an IV (4).

La commission ayant terminé ses travaux, Réal lut son rapport aux Cinq-Cents le 11 Nivôse an V. Il proclamait dans ce rapport que la publicité était le principe fondamental du régime hypothécaire et que la suppression de l'hypothèque tacite ou légale était la conséquence du principe.

La discussion traîna en longueur pendant tout l'an V, et ce n'est que le 16 Germinal an VI (5) que le

(1) *Moniteur*, an IV, p. 364.
(2) *Moniteur*, an IV, p. 695.
(3) *Moniteur*, an IV, p. 987.
(4) *Moniteur*, an IV, p. 1031.
(5) *Moniteur*, an VI, p. 824.

conseil des Cinq-Cents adopta le nouveau Code hypothécaire, ayant pour base la publicité absolue et abandonnant le système des cédules hypothécaires.

La loi envoyée au conseil des Anciens allait être définitivement acceptée, quand un membre vint déclarer à la tribune que les Cinq-Cents avaient violé la Constitution en omettant de faire trois délibérations ; pour ce motif, la résolution des Cinq-Cents fut annulée le 3 Messidor an VI (1).

Le projet fut alors renvoyé à une nouvelle commission qui déposa son rapport aux Cinq-Cents le 22 Messidor an VI (2); adopté par les Cinq-Cents le projet nouveau fut porté au conseil des Anciens et adopté après quatre séances le 11 Brumaire an VII.

La loi du 11 Brumaire an VII (1er novembre 1798) établit la première un système hypothécaire pratique, reposant sur la publicité.

Comprenant que la publicité des hypothèques ne donne aux tiers des garanties suffisantes que si celui qui traite avec un débiteur est sûr que celui-ci est propriétaire de l'immeuble offert en garantie, la loi de Brumaire établit la publicité des acquisitions de propriété : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque doivent être transcrits sur les registres du bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque là ils ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente » (art. 26). Cette règle empruntée au système des pays de nantissement, est le complément nécessaire d'un bon régime de publicité hypothécaire.

Quant aux hypothèques, la loi décide (art. 2), qu'elles n'ont d'effet que par leur inscription sur les registres

(1) *Moniteur*, an VI, p. 1107.
(2) *Moniteur*, an VI, p. 1176.

publics à ce destinés. La nécessité d'inscription ne fléchit pas pour les hypothèques légales que rétablit la loi de Brumaire, celles-ci comme les autres sont soumises au régime de l'inscription (art. 3).

Le rapporteur Jacqueminot disait : « Le règlement de la publicité doit être absolu et général, ou il est inutile. Qu'on admette une exception, la certitude du gage est détruite, le principe moral de la publicité ne donne plus de résultat. Dispenser les femmes et les mineurs de l'inscription, ce serait violer la charte constitutionnelle qui veut que la loi soit égale pour tous ».

La loi de Messidor consacrait l'hypothèque générale, le législateur de Brumaire comprit que la spécialité était le complément nécessaire de la publicité, et il décida dans l'art. 4, que « toute stipulation volontaire d'hypothèque doit indiquer la nature et la situation des immeubles hypothéqués : elle ne peut comprendre que des biens appartenant au débiteur lors de la stipulation ». Toutefois « l'hypothèque légale frappe tous les biens appartenant au débiteur et situés dans l'arrondissement du bureau où se fait l'inscription. Le créancier peut aussi, par des inscriptions ultérieures, mais sans préjudice de celles antérieures à la sienne, faire porter son hypothèque sur les biens qui écherraient à son débiteur ou qu'il acquerrait par la suite ».

Quant aux formes de cette publicité, la loi de Brumaire abandonna le système de la *transcription* que prescrivait la loi de 1790 pour adopter celui de *l'inscription*. La raison de cette modification de formes fut toute de simplification, la transcription *in extenso* des contrats d'hypothèque étant jugée une formalité trop longue. On dut désormais pour requérir l'inscription, présenter au conservateur des hypothèques un bordereau contenant les énonciations nécessaires et rien

de plus. Le conditions de forme de l' nscription ont été reproduites presque toutes par le Code civil, et c'est là que nous les étudierons.

Pour compléter le système hypothécaire nouveau, une seconde loi fut votée le même jour, 11 Brumaire an VII, posant les règles de l'expropriation forcée.

Postérieurement au 11 Brumaire, la conservation des hypothèques fut organisée par la loi du 21 Ventôse, an VII.

La tâche du droit intermédiaire est dès lors terminée; en face du système ancien de clandestinité, les législateurs de la Révolution ont érigé le système de la publicité absolue. Les rédacteurs du Code qui leur succèdent n'ont pas à créer mais à choisir.

CODE CIVIL

La commission chargée de préparer un projet de Code civil se trouvait dès lors en présence de deux systèmes extrêmes, et sa mission consistait à faire un choix entre la publicité et la clandestinité. L'un et l'autre de ces deux systèmes se présentait avec un respectable cortège d'autorités.

La clandestinité pouvait invoquer en sa faveur le droit romain et la presque unanimité des coutumes nationales, l'autorité de d'Aguesseau, de Basnage, et de tant de vieux auteurs. La publicité avait pour elle deux lois importantes consacrant le dernier état de la question et semblait avoir porté pour toujours un coup mortel à son adversaire.

Malgré la faveur qui s'attache toujours à la dernière expression du progrès, la commission repoussa le principe de la publicité et revint au régime hypothé-

caire que créait l'édit de 1771. Les raisons de ce recul sont assez faciles à dégager. Plusieurs des rédacteurs du Code étaient de vieux praticiens habitués à l'édit de 1771. D'autes se basaient sur le grand reproche que l'on adressait à la loi de Brumaire. Celle-ci conservant aux incapables la garantie de l'hypothèque légale, en subordonnait l'effet à l'inscription; or on prétendait que c'était retirer d'une main ce qu'on accordait de l'autre, les incapables étant dans l'impossibilité d'inscrire leurs hypothèques.

Lorsque le projet de la commission fut soumis à l'examen des Cours et tribunaux, il souleva de vives protestations. Tandis que la plupart des tribunaux d'appel acceptèrent le retour à la clandestinité (1), les tribunaux de Paris, Lyon, Bruxelles, Rouen, Caen, Douai, Grenoble, Poitiers, appuyés par le tribunal de Cassation se prononcèrent pour le maintien de la loi de Brumaire. Le tribunal de Cassation présenta un projet de système hypothécaire basé sur la publicité, et l'art. 4 de son contre projet est ainsi conçu: (2) « entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles, et les hypothèques ne prennent rang qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi et à compter de la date de cette inscription, sauf les seules exceptions que la loi établit expressément. » L'exposé des motifs du tribunal de cassation est même très dur pour les partisans de la clandestinité. « La publicité avait été établie sous Henri III, sous Henri IV, sous Louis XIV. Les cris des fripons accrédités, qui regrettaient l'abus d'un crédit trompeur et d'une fausse apparence de solvabilité, ont renversé ces établisse-

(1) Laurent, t. 30, p. 148.
(2) Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, p. 608 et 650.

ments presque à leur naissance. Ils ont fait de notre temps les mêmes efforts : espérons qu'ils ne réussiront pas. Tous les gens probes et désintéressés s'accordent à reconnaître que les hypothèques doivent être publiques. »

C'est dans ces conditions que le projet se présenta au Conseil d'Etat. On pouvait croire que de ces deux systèmes absolument différents qui se présentaient à son examen, il fallait choisir l'un ou l'autre : il n'en fut rien. M. Bigot Préameneu chargé de défendre le projet de la commission, reproduisit les arguments invoqués jadis par d'Aguesseau (1). Il reprocha à la publicité de dévoiler le secret des affaires des familles et de ruiner le crédit privé. Il fit de la publicité une mesure purement fiscale et reproduisit ce reproche qui avait amené en 1674 la chute de l'édit de Colbert.

Ces critiques de la loi de Brumaire n'étaient pas sans répliques, mais où M. Bigot trouva un terrain d'argumentation plus solide, c'est quand il entreprit la critique des dispositions de la loi de Brumaire relatives aux hypothèques légales. Il n'eut pas de peine à démontrer que la loi exigeant l'inscription de l'hypothèque des incapables et oubliant d'organiser les moyens d'assurer cette inscription, laissait sans garantie les incapables. Sa conclusion fut le rejet du nouveau système de publicité et le retour au régime hypothécaire « qui maintenait, disait-il dans son résumé, tous les droits de propriété, et sous lequel la France s'était pendant un grand nombre de siècles, élevée au plus haut degré de prospérité » (2).

M. Treilhard répondit à M. Bigot en réfutant les objections du rapport précédent. Il démontra que la publicité, si elle paraissait nuire au débiteur, était

(1) « *On dirait un Romain du temps des XII Tables* », dit M. Laurent, t. 30, p. 149.
(2) Locré, t. 16, p. 158.

indispensable à sauvegarder l'intérêt du créancier, que le régime qui existe actuellement est certainement préférable pour les hommes de bonne foi à celui qui l'a précédé (1). Il tenta de défendre le système établi par la loi de Brumaire quant aux hypothèques légales, mais sur ce point il parut « moins fort ». C'est l'opinion exprimée par le consul Cambacérès lui-même.

Enfin M. Portalis, ennemi à la fois du système de la commission et du système de Brumaire, indiqua au conseil d'Etat la transaction possible entre ces deux systèmes : il dit qu'il proposerait de repousser également et le système de la loi du 11 Brumaire et celui de la commission s'il n'était persuadé que cette opinion ne serait pas adoptée par le conseil. Le système le plus simple serait de laisser chacun veiller par lui-même à ses intérêts. Comme ce système ne peut avoir de partisans, il faut choisir entre deux maux, et M. Portalis déclare admettre la publicité de la loi de Brumaire, pourvu qu'on ne l'étende pas aux engagements qui naissent du mariage et de la tutelle. Tout le système du Code civil est dans ces mots et on y entrevoit la transaction qui interviendra.

Telles furent les discussions entre les deux systèmes, le premier Consul fit pencher la balance en faveur de la publicité et déclara que depuis l'an VII, le système de la spécialité et de la publicité existant en France, il n'y a pas à revenir en arrière. « Il faut la publicité, il faut la spécialité; mais il faut aussi qu'elle ne puisse nuire aux hypothèques légales (2). » La discussion générale fut close au conseil d'Etat à la séance du 19 Pluviôse, an XII (9 février 1804) et les principes suivants furent adoptés : 1° Toute hypo-

(1) Locré, t. 16, p. 160.
(2) Locré, t. 16, p. 194.

thèque sera publique ; 2° la sûreté de la femme et du mineur doit être préférée à celle des acquéreurs et des prêteurs (1).

Le nouveau projet rédigé par Treilhard sur ces données fut présenté à la séance du 3 Ventôse, an XII (23 février 1804) et définitivement adopté le 22 Ventôse. Voté par le Tribunat le 26, il fut porté au Corps législatif et voté le 29 Ventôse.

Le système créé par le Code civil est un système mixte; à côté des hypothèques publiques il laisse subsister certaines hypothèques occultes frappant à la fois tous les immeubles des maris et des tuteurs. La publicité n'est donc plus complète. D'autre part, le Code néglige d'organiser la publicité des transmissions de propriété, et détruit ainsi cette base indispensable d'un bon régime hypothécaire qu'avait établie la loi de Brumaire. Comme le Code civil empruntait à la loi du 11 Brumaire le principe de publicité, elle lui empruntait naturellement aussi le procédé pour réaliser cette publicité, c'est-à-dire l'inscription sur les registres du conservateur.

Cet aperçu des origines historiques de la publicité nous fait connaître les vicissitudes par lesquelles est passé le principe jusqu'au Code civil. C'est la règlementation de cette publicité sous l'empire des règles du Code civil qui va être l'objet de la suite de cette étude.

Nous examinerons dans un premier chapitre : la publicité de l'hypothèque en général et dans un second chapitre : les dispenses d'inscription accordées par le Code aux hypothèques légales. Nous verrons enfin dans un troisième chapitre les modifications apportées par la loi du 23 mars 1855 à la législation existante.

(1) Locré, t. 16, p. 218.

CHAPITRE PREMIER

Publicité de l'hypothèque en général.

Avant de commencer l'étude détaillée des règles organisant dans le code civil la publicité, il est bon de bien distinguer l'inscription de l'hypothèque elle-même. L'hypothèque a une existence indépendante de l'inscription, qui la suppose valablement établie. C'est la convention, le jugement, la loi qui donnent naissance à l'hypothèque et non pas l'inscription. Le défaut d'inscription ne pourrait donc pas être invoqué par le débiteur, à son égard qu'il y ait ou non inscription, le titre constitutif d'hypothèque conserve sa valeur. Mais à l'égard des tiers (et il faut entendre par là, non-seulement les acquereurs de l'immeuble grévé et les créanciers hypothécaires ou privilégiés, du débiteur, mais même les créanciers chirographaires) (1) l'inscription est absolument nécessaire pour donner la vie à l'hypothèque et la rendre opposable à tous. L'inscription est donc le seul moyen que la loi donne pour rendre l'hypothèque publique.

(1) Aubry et Rau, t. III, § 267.

SECTION I. — Mesures préparatoires de la publicité

§ I. Qui peut requérir l'inscription ?

Le premier intéressé à sauvegarder l'hypothèque est le créancier, il a donc sans conteste le droit de requérir l'inscription. Lorsque le créancier demande l'inscription, il fait un acte purement conservatoire, il s'ensuit qu'aucune condition de capacité n'est exigée pour requérir inscription. Les mineurs, les interdits sans l'intervention de leurs tuteurs, les femmes mariées sans l'autorisation de leurs maris peuvent requérir inscription de leurs hypothèques légales (art. 2139) et la solution doit être évidemment la même lorsqu'il s'agit d'une hypothèque conventionnelle.

Les héritiers, légataires ou créanciers peuvent prendre inscription, la créance devenant leur bien, il en est de même de l'hypothèque qui en est l'accessoire.

Si le créancier cède sa créance, le cessionnaire peut faire inscrire l'hypothèque et il y a intérêt même au cas où l'hypothèque a été rendue publique avant la cession ; il se met ainsi à l'abri du préjudice que pourrait lui causer le cédant, en donnant mainlevée au débiteur. Le cessionnaire a le droit d'inscrire l'hypothèque en son nom ou en celui du cédant avant et après la signification de la cession. Toutefois on hésita quelque temps à lui donner ce droit avant la signification au cédé, la cour de Paris consacra même une solution contraire, mais aujourd'hui il est admis universellement que l'inscription est possible. La délégation n'a pas ici les mêmes effets que la cession et le créancier à qui le débiteur délègue une créance ne

peut prendre inscription en son nom avant d'avoir accepté la délégation (1).

Le créancier n'est pas obligé de faire en personne la réquisition d'inscription, il peut être représenté, dit l'article 2148.

Les mandataires légaux : tuteurs, curateurs, etc., peuvent et doivent requérir inscription des hypothèques acquises par les personnes dont ils sont chargés de gérer le patrimoine. Le notaire qui a reçu l'acte de constitution d'hypothèque ne peut être considéré comme mandataire légal et tenu de requérir l'inscription. Un mandat conventionnel peut aussi être donné à cet effet par le créancier, la loi n'exige aucune forme pour ce mandat. La procuration peut être écrite ou simplement verbale et le conservateur des hypothèques constate suffisamment les pouvoirs du requérant par l'existence entre ses mains des pièces nécessaires.

Un tiers sans mandat peut-il requérir l'inscription? L'affirmative est admise universellement et un seul auteur tirant des articles 2139 et 775, Code de Proc. un argument *a contrario*, éleva des doutes sur cette pratique.

Le créancier du créancier hypothécaire lui-même aurait le même droit en vertu des articles 1166 et 775, Code de Proc. Mais comme le décide M. Pont (2), « il ne pourrait requérir cette inscription en son nom personnel, mais au nom de son débiteur, il agit, en effet, dans cette circonstance comme le représentant du débiteur et non-seulement dans son intérêt propre, mais dans celui de tous ses cocréanciers. »

Enfin le conservateur des hypothèques lui-même peut-il prendre inscription de sa propre initiative? Le conservateur considéré comme homme privé, abstrac-

(1) Aubry et Rau, t. III, § 270.

(2) Pont., *Privilèges et hypothèques*, n° 932.

tion faite de son titre de fonctionnaire, peut prendre inscription d'une hypothèque appartenant à un ami, comme pourrait le faire tout individu mandataire ou gérant d'affaire, c'est en ce sens qu'il faut entendre un arrêt de la Cour de cassation du 13 juillet 1841. Mais sa qualité ne lui donne pas le droit de prendre d'office des inscriptions et il ne doit pas faire extension de l'article 2108 qui lui prescrit de prendre une inscription dans un cas particulier. En dehors de là s'il agissait comme fonctionnaire, les parties intéressées auraient le droit de lui refuser tout salaire et de demander la radiation à ses frais; mais MM. Aubry et Rau pensent que l'inscription ne serait pas nulle et pourrait profiter au créancier comme celle prise par un tiers sans mandat (1).

§ II. — A quelle époque peut être requise l'inscription?

Pour déterminer les délais de l'inscription, il faut fixer les limites extrêmes. A partir de quel moment? et jusqu'à quel moment peut-on requérir l'inscription? Voilà les deux questions que nous avons à examiner successivement.

1° A PARTIR DE QUEL MOMENT?

L'hypothèque peut être inscrite dès qu'elle existe et alors seulement. Etudier en détail le moment précis de la naissance de l'hypothèque sort de notre sujet, nous nous bornerons à l'indiquer rapidement.

L'hypothèque légale ne nous occupe pas, puisqu'elle n'a pas besoin d'être inscrite, sauf celle du trésor et des établissements publics sur les biens des comptables; pour celle-ci, pas de difficulté, c'est à dater de l'entrée en fonctions des comptables.

(1) Aubry et Rau, t. III, § 270.

L'hypothèque conventionnelle peut être inscrite du moment que l'acte est reçu par le notaire; mais si dans le cas prévu par l'art. 2130, l'hypothèque a été consentie sur les biens présents et à venir, l'inscription ne pourra être utilement prise quant à ces derniers, qu'au fur et à mesure de leur entrée dans le patrimoine du débiteur.

Quant à l'hypothèque judiciaire, elle est acquise à la date du jugement et peut dès lors être inscrite, mais la loi du 3 septembre 1807 consacre une dérogation à cette règle. Aux termes de cette loi, l'hypothèque résultant d'un jugement rendu sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, à terme ou conditionnelle, ne peut être inscrite valablement qu'après l'échéance du terme ou l'accomplissement de la condition.

II. JUSQU'A QUEL MOMENT?

L'hypothèque peut être inscrite tant que le débiteur demeure propriétaire, et jusqu'au moment où une aliénation opérée par lui devient définitive. Entre le vendeur et l'acheteur, nulle difficulté pour savoir le moment où l'aliénation est consommée, mais le créancier hypothécaire est un tiers, et il importe de préciser à partir de quel moment une aliénation est définitive à l'égard des tiers.

La législation a bien varié à cet égard depuis l'an VII. Sous l'empire de la loi de Brumaire, les actes translatifs de propriété et de droits susceptibles d'hypothèque devaient être transcrits au bureau du conservateur des hypothèques, pour être opposables aux tiers qui auraient traité avec le vendeur. Jusqu'à cette transcription, la vente intervenue ne pouvait être opposée ni à un second vendeur, ni à un créancier acquérant une hypothèque, ni à plus forte raison donc à un créancier inscrivant une hypothèque précédem-

ment acquise. Sous l'empire de la loi de Brumaire, la transcription du contrat de vente arrêtait donc seule le cours des inscriptions.

Lors de la rédaction du Code civil, la question de la publicité des transmissions de propriété immobilière fut de nouveau agitée. De graves dissentiments s'élevaient à cet égard entre les rédacteurs, les uns tenant pour la transcription, dont ils exposaient les avantages; les autres la repoussant comme inutile et dangereuse pour l'acheteur. La discussion s'engagea sur l'article 1140, destiné à régler l'effet de l'obligation de donner et la solution fut renvoyée au titre de la vente. A ce titre, l'article 1583 ne nous donne pas de solution et on la chercherait en vain au titre des hypothèques. Toutefois, les rédacteurs arrivés à ce point durent prendre une décision. Tronchet vint combattre la transcription avec toute l'énergie qu'il avait déjà déployée dans ses attaques contre la publicité des hypothèques; Treilhard défendit la transcription, mais aucun vote ne vint couronner cette discussion. La rédaction définitive ne fit plus mention de la transcription, et la loi fut votée telle quelle. Est-ce un oubli? est-ce, comme le dit M. Troplong, un escamotage? Quoi qu'il en soit, cette question si importante du régime hypothécaire fut emportée à la faveur d'une omission non motivée.

Nous avons déjà eu l'occasion de le dire, la publicité des hypothèques sans la publicité des actes translatifs de propriété immobilière est illusoire, « c'est un leurre », dit M. Laurent, et cependant ce fut le système du Code civil. Des auteurs ne pouvant se résoudre à cette dure extrémité voulurent voir dans le silence du Code le maintien pur et simple de la loi de Brumaire, mais malgré leurs louables efforts, la jurisprudence se refusa à consacrer cette doctrine, et il fut admis que sous le Code civil la propriété était valable-

ment transférée, tant entre les parties contractantes qu'à l'égard des tiers, par la simple convention sans nécessité de transcription. A partir du moment du contrat de vente, le vendeur ayant définitivement perdu la propriété *erga omnes*, aucune inscription d'hypothèque ne pouvait plus être prise.

Une troisième phase dans la question qui nous occupe s'ouvre avec le Code de procédure civile. Le principe du Code civil fut, en ce qui concerne les aliénations volontaires, modifié par l'article 834 du Code de procédure. D'après cet article, le créancier hypothécaire peut demander inscription de son hypothèque, dans l'intervalle de la vente à la transcription, et même pendant la quinzaine qui suit la transcription du contrat. L'article 834 ne change pas le principe posé par le Code en matière de transcription, il ne rend pas celle-ci obligatoire pour la perfection de la vente que la simple convention rend opposable à tous. La transcription est ici simplement utile pour mettre en demeure les créanciers d'avoir à s'inscrire et pour les faire connaître. Dans les délais indiqués par l'article 834, les créanciers du vendeur et des précédents propriétaires, ainsi que les créanciers de l'acquéreur sont admis concurremment à inscrire leurs hypothèques, et la préférence entre eux se règlera par la date des inscriptions. Les créanciers inscrits antérieurement à la transcription ont cet avantage, que l'acquéreur doit leur faire les notifications à fin de purge prescrites par les articles 2183 et 2184 du Code civil, ce qui les met à même de surenchérir (article 835 pr. civ.).

La modification apportée par le Code de procédure civile ne s'appliquait qu'aux aliénations volontaires. Quant aux aliénations forcées, on restait sous l'empire du Code et aucune inscription ne pouvait être prise après le jugement d'adjudication.

La loi du 7 juillet 1833, relative à l'expropriation

pour cause d'utilité publique, permet aux créanciers hypothécaires de s'inscrire sur l'immeuble exproprié dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation, et l'art. 16 de cette loi rend obligatoire la transcription du jugement. Ces dispositions sont reproduites dans la loi du 3 mai 1841.

Enfin depuis la loi du 23 mars 1855, les principes de la loi de Brumaire sont rétablis et la transcription de l'acte d'acquisition est nécessaire pour transférer à l'acheteur la propriété à l'égard des tiers. C'est donc jusqu'à ce moment que peuvent être prises aujourd'hui les inscriptions d'hypothèques consenties par le vendeur. La loi de 1855 ayant abrogé les articles 834 et 835 du Code de Procédure civile, il n'y a plus aujourd'hui de délai de grâce, une fois la transcription opérée, nulle hypothèque ne peut valablement être inscrite.

Si l'on suppose la mort du débiteur et un legs particulier de l'immeuble hypothéqué fait par celui-ci, la propriété étant transferé par le fait même du décès au légataire *erga omnes*, sans qu'aucune transcription soit éxigée, l'inscription est impossible du jour du décès.

La limitation du temps pendant lequel une hypothèque peut être inscrite se rattache à l'intérêt des tiers acquéreurs de l'immeuble hypothéqué.

C'est l'intérêt des créanciers hypothècaires ou chirographaires qui a inspiré l'art. 2146, interdisant de prendre inscriptions des hypothèques après la faillite du débiteur ou l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire.

A. FAILLITÉ DU DÉBITEUR. — Cette disposition a été empruntée à notre ancienne législation. L'édit de mars 1673 (ordonnance sur le commerce) déclarait nuls les transports, cessions, ventes et donations de biens, faits en fraude des créanciers et décidait que ces biens ainsi distraits seraient rapportés à la masse

commune. Une déclaration royale du 18 nov. 1702 rendue dans le même esprit, développa et appliqua cette décision spécialement aux hypothèques. On voulait dans cette ordonnance empêcher un débiteur sur le point de tomber en faillite de favoriser certains créanciers aux dépens de la masse, et on décidait dans ce but que « les contrats ou obligations passées devant notaires, ou les sentences prononcées en justice, ne pourraient conférer aucun droit de préférence à un créancier quel qu'il fût, s'ils intervenaient dans les dix jours précédant la cessation des paiements ». L'ordonnance atteignait bien le but qu'elle se proposait, mais la loi de Brumaire qui la copia eût le tort de l'exagérer en défendant dans son article 5, non-seulement l'acquisition d'une hypothèque, mais l'inscription d'une hypothèque antérieurement et valablement acquise.

A son tour l'article 2146 du Code civil nous dit : « Les inscriptions ne produiront aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls. » Le tort de l'art. 2146 comme celui de la loi de Brumaire était de s'attaquer, non pas directement aux actes intervenus pendant une période suspecte, mais à l'inscription qui, n'ayant d'autre but que de conserver une hypothèque acquise, ne mérite pas la même défiance que l'acte de constitution lui-même. Il était dur de faire perdre toute hypothèque valablement acquise pour un retard mis à la faire inscrire.

Le Code de commerce de 1807, dont l'article 443 portait que « nul ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent la faillite, » ne changea pas la situation. Bien plus, il l'aggrava, car son texte général engloba les privilèges et hypothèques légales qu'il n'est pas au pouvoir du failli de créer à sa volonté, et qui,

par conséquent, ne peuvent encourir le reproche de fraude qu'on adresserait à des hypothèques conventionnelles.

Enfin la loi du 28 mai 1838 remplaça l'ancien texte du Code de commerce et c'est avec les nouveaux articles 446 et 448 de ce Code que doit être combiné l'art. 2146 du Code civil. Les nouveaux articles concilient équitablement les intérêts de la masse des créanciers chirographaires de la faillite, et ceux des créanciers hypothécaires du failli, ils font une juste distinction entre les acquisitions hypothécaires et la conservation d'hypothèques antérieures.

Au point de vue de la constitution, l'art. 446 ne prohibe plus que celles d'hypothèques conventionnelles ou judiciaires. Quant à la faculté de s'inscrire qui nous occupe seule, l'article 448 décide que « les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. » Mais comme par une collusion frauduleuse avec le débiteur, le créancier pouvait intentionnellement reculer l'inscription d'une hypothèque antérieurement acquise, pour conserver au débiteur un crédit apparent, la loi permet aux juges d'annuler les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiement ou dans les dix jours qui précèdent, pourvu qu'il se soit écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription. Le pouvoir discrétionnaire dont sont investis les juges, leur permet d'annuler une inscription prise par un créancier même de bonne foi, mais dont la négligence à s'inscrire a pu causer un préjudice aux tiers.

Tout créancier peut donc, sous la réserve du droit d'appréciation laissé aux juges par l'article 448, s'inscrire jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite,

mais l'inscription prise ce jour là-même serait annulable comme tardive.

Ces principes s'appliquent sans difficulté aux hypothèques conventionnelles et judiciaires, de même qu'aux hypothèques légales assujetties à la nécessité de l'inscription. Mais quant aux hypothèques légales des mineurs et des femmes, « l'article 448 du Code de commerce n'a pas pu avoir pour effet de changer les conditions qui leur ont été faites par la loi civile, et de les faire tomber pour n'avoir pas été inscrites avant le jugement qui déclare la faillite du débiteur, alors que la loi civile les a expressément dispensées d'inscription (1). »

Les principes posés par le Code de commerce doivent être combinés avec ceux que la loi du 23 mars 1855 est venue proclamer. On ne peut pas dire avec exactitude qu'une inscription sera valable, par cela seul qu'elle sera prise avant le jugement déclaratif de la faillite du débiteur. Il se peut que celui-ci ait auparavant aliéné son immeuble, et que l'acquéreur ait de suite fait transcrire, ce qui, aux termes de l'article 6, arrête le cours des inscriptions.

Réserve faite de ces diverses exceptions, le principe de l'article 448 est la règle, et la sanction de l'inobservation est la nullité de l'inscription, mais il faut remarquer que la nullité ne peut être invoquée que par la masse. Le failli remis à la tête de ses affaires après le concordat ou le réglement de sa faillite ne peut attaquer l'inscription prise après le jugement déclaratif par un créancier (2).

La loi visant expressément le cas de faillite, on ne peut appliquer ses règles à la déconfiture. En effet, le Code n'organise nulle part l'état de déconfiture et en outre cette extension aboutirait à faire prononcer

(1) Pont., *Privilèges et hypothèques*, n° 890.
(2) *Req. rej.*, 10 fév. 1863; Sirey, 63, 1, 262.

des nullités d'inscription, ce qui est très grave. Les auteurs et la jurisprudence sont aussi d'accord à repousser l'assimilation de la cession de biens à la faillite pour le cas qui nous occupe.

B. Acceptation de la succession du débiteur sous bénéfice d'inventaire. — Les héritiers d'un débiteur étant les continuateurs de la personne de celui-ci, il n'est pas douteux que les créanciers aient la faculté d'inscrire une hypothèque après le décès du débiteur (art. 2149). Cependant cette solution générale reçoit une exception pour le cas où les héritiers, au lieu d'accepter purement et simplement la succession, l'acceptent sous bénéfice d'inventaire; les inscriptions restent sans effet, dit l'article 2146. 2° « Entre les créanciers d'une succession si elles ont été faites par l'un d'eux depuis l'ouverture et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire. »

Quelle est la raison de cette assimilation à la faillite de l'acceptation bénéficiaire ? Les rédacteurs du Code ont pensé que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire faisait présumer l'insolvabilité de cette succession, qu'il y avait là une situation analogue à la faillite. De même que l'ouverture de la faillite écarte la personne du failli pour laisser ses créanciers en face du patrimoine qui est leur gage commun, de même l'héritier refusant la qualité de représentant passif du défunt, les créanciers de celui-ci doivent avoir comme gage commun son patrimoine. Il ne faut pas que des créanciers voisins du lieu d'ouverture de la succession puissent s'inscrire avant d'autres, et acquérir par là un droit de préférence aux dépens de la masse. Toutes ces raisons sont bien faibles. La loi n'a pu croire que toutes les successions échues à des incapables étaient insolvables, et qu'il fallait faire une assimilation sur ce point avec la faillite. Quand on dit qu'on veut par ce moyen empêcher les créanciers de

se créer des causes de préférence aux dépens des autres, on fait une confusion entre la constitution et l'inscription de l'hypothèque. Que la loi interdise au créancier d'obtenir une hypothèque de l'héritier après l'acceptation bénéficiaire, cela se comprend puisque les deux patrimoines sont séparés et que ce serait rendre sans motif la condition de ce créancier meilleure. Mais lui interdire de prendre inscription pour conserver une hypothèque antérieurement acquise, c'est lui causer un grave préjudice pour un fait auquel il ne peut rien. Cet inconvénient a bien été compris par le législateur belge qui dans sa loi de réforme hypothécaire du 16 décembre 1851 a admis à l'inscription après le décés, quelle que soit la forme de l'acceptation, les hypothèques antérieurement acquises, en limitant à trois mois le délai accordé au créancier, pour éviter des liquidations indéfiniment suspendues (1). Lors de notre réforme hypothécaire, on avait supprimé purement et simplement le 2° de l'art. 2146, mais le projet n'a pas abouti.

Le 2° de l'article 2146 établissant une disposition exceptionnelle et peu justifiée, il faut s'en tenir dans son application aux termes exprès de la loi, et en écarter tout ce qui n'y rentre pas évidemment. Ainsi l'article 2146 s'applique au cas où une succession n'a été acceptée bénéficiairement qu'à raison de l'incapacité personnelle des héritiers, où elle est vacante, mais on ne pourrait l'appliquer à la séparation des patrimoines (2).

§ III. — **Formalités de la réquisition**

Lorsqu'une personne requiert du conservateur

(1) Art. 82 de la loi belge ; Martou, *Commentaire*, t. III, p. 135.
(2) Aubry et Rau ; t. III, § 272.

l'inscription d'une hypothèque, elle doit justifier de l'existence de l'hypothèque et fournir au conservateur les renseignements nécessaires pour opérer l'inscription. Les formalités sont donc : 1° la production du titre donnant naissance à l'hypothèque ; 2° la remise de bordereaux.

1° PRODUCTION DU TITRE

L'article 2148 prescrit la remise au conservateur de l'original en brevet, ou d'une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque. Cette formalité n'a pas d'intérêt pour les tiers, car à supposer l'inscription prise sans titre, l'hypothèque s'évanouirait à l'ordre, mais elle est importante pour le conservateur ; elle le met à l'abri du recours que pourrait intenter contre lui la personne dont les biens seraient faussement désignés comme hypothéqués, et dont le crédit aurait reçu une atteinte. Le conservateur peut donc se refuser à prendre l'inscription si le titre ne lui est pas produit. Mais c'est là son seul droit, il n'est pas juge de la validité du titre. Le conservateur des hypothèques est un fonctionnaire et non un magistrat, il n'a qu'à déférer à la demande des parties appuyée des pièces exigées par la loi, sans avoir à juger l'exactitude de leurs demandes. La production du titre étant requise dans l'intérêt du conservateur, l'inscription opérée sans l'accomplissement de cette formalité ne serait pas entachée de nullité.

2° REMISE DES BORDEREAUX.

Bien qu'il soit facile au conservateur d'extraire du titre les énonciations nécessaires pour opérer l'inscription, la loi exige du requérant la production de deux bordereaux sur timbre extraits par le requérant du titre constitutif. Cette formalité requise pour toute espèce d'hypothèque se comprend, car le conservateur

engagerait par trop sa responsabilité, s'il devait faire lui-même les extraits du titre dont la rédaction parfois embarrassée ne laisse pas découvrir les éléments essentiels. L'article 2148 indique les énonciations que doivent contenir les bordereaux, nous les étudierons en détail quand nous étudierons l'inscription en elle-même, car elle doit les reproduire. La remise des bordereaux est prescrite dans l'intérêt du créancier comme dans celui du conservateur, c'est pour cela qu'ils sont rédigés en double. Le conservateur en garde un pour sa justification et remet l'autre au créancier avec mention de la date et du numéro de l'inscription. La sanction du défaut de production des bordereaux n'est pas la nullité, car la remise n'est pas exigée dans l'intérêt des tiers.

Pour éviter des confusions parmi les inscriptions que le conservateur ne peut effectuer de suite, il doit tenir un registre sur lequel il inscrit jour par jour et par ordre numérique les remises qui lui sont faites de bordereaux pour être inscrits. (art. 2200). Comme les bordereaux ne doivent être inscrits sur les registres à ce destinés qu'à la date et dans l'ordre des remises, ce registre des dépots constitue une table des matières exacte du registre d'inscription. En attendant d'opérer la formalité, le conservateur doit délivrer au requérant une reconnaissance sur papier timbré rappelant le numéro du registre sur lequel la remise a été inscrite.

Section II. — Réalisation de la publicité.

Jusqu'à présent nous avons vu quel est le devoir du requérant pour arriver à la publicité, nous allons

voir maintenant comment elle se réalise et ici nous aurons à nous occuper des faits propres au conservateur des hypothèques. Nous verrons aussi comment l'inscription réalisée est portée à la connaissance des tiers. Tout d'abord nous devons examiner où se réalise la publicité, c'est-à-dire où doit être faite l'inscription.

§ I. — Où doit être prise l'inscription.

Le but de l'inscription est de révéler aux tiers les hypothèques grevant un immeuble, de faire connaître de combien sa valeur est diminuée et quel crédit il peut désormais offrir. Pour réaliser ce but d'une manière efficace il faut rapprocher autant que possible de l'immeuble la source des renseignements utiles aux tiers. Toutes les législations qui ont organisé la publicité l'ont bien compris et ont créé des circonscriptions territoriales dans lesquelles tous les renseignements relatifs aux fonds de la circonscription sont condensés en un centre commun. L'édit de 1673 et celui de 1771 centralisaient les inscriptions par baillages et sénéchaussées, les lois de l'an III et de l'an VII par arrondissements et districts. Aujourd'hui l'article 2146 dispose que : « les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque. »

Ce système a l'avantage d'offrir une base certaine aux recherches, la situation des immeubles étant immuable. Si un domaine hypothéqué est situé sur plusieurs arrondissements, les inscriptions doivent être prises à la conservation des hypothèques de chaque arrondissement.

Aujourd'hui les circonscriptions hypothécaires cor-

respondent aux circonscriptions administratives et judiciaires; dans chaque chef-lieu d'arrondissement il y a une conservation des hypothèques, à la tête de ce bureau est placé un conservateur des hypothèques. L'origine de la fonction remonte à l'édit de 1673, c'est dans l'édit de 1771 que se trouve pour la première fois la dénomination usitée aujourd'hui et c'est la loi du 21 Ventôse an VII qui régit actuellement la conservation des hypothèques.

§ II. — **Formalités de l'inscription.**

Elles peuvent se diviser en formalités intrinsèques ou de fond et en formalités extrinsèques ou de forme.

A. Formalités intrinsèques. — L'inscription doit, pour produire une publicité parfaite, satisfaire à certaines conditions de fond, autrement dit contenir certaines énonciations qui sont reproduites aux bordereaux exigés du requérant et que nous étudierons dans l'ordre où l'article 2148 les indique.

1° « Les nom, prénoms, domicile du créancier, sa profession, s'il en a une, et l'élection de domicile pour lui dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau. » Cette désignation du créancier n'a pas d'importance pour les tiers, car la personnalité du créancier ne modifie pas les droits qu'il a sur l'immeuble. Elle n'en a pas davantage pour le débiteur qui sera toujours tenu de s'exécuter. Elle ne profite donc qu'au créancier pour les notifications et sommations que la loi exige à son égard (articles 2156, 2183 C. c., art. 692 et 753, C. Pr. c.) Pour que ces sommations puissent s'effectuer facilement il faut indiquer les nom, prénoms, profession du créancier. Mais il n'est pas nécessaire de fournir une indication formelle, il suffit de désigner le créancier en termes tels qu'on ne puisse

douter de son identité. Il en est autrement de l'élection de domicile qui a une importance toute spéciale, en effet, c'est à ce domicile élu que se font les assignations à fin de purge (art. 2183), les sommations à prendre communication du cahier des charges au cas d'expropriation (art. 692, C. pr. c.) etc... Cette élection de domicile est donc nécessaire, même au cas où le créancier aurait son domicile réel dans l'arrondissement, du reste cette élection de domicile n'est pas absolument définitive, l'article 2152 décide qu'il est loisible à celui qui a requis une inscription, ainsi qu'à ses représentants ou cessionnaires par acte authentique de changer sur le régistre des hypothèques le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement.

2° « Les nom, prénoms, domicile du débiteur, sa profession, s'il en a une connue ou une désignation individuelle et spéciale, telle que le conservateur puisse reconnaitre et désigner dans tous les cas l'individu grevé d'hypothèque. » C'est ici une indication essentielle. En effet c'est au nom de celui-ci que doit-être prise l'inscription puisque dans notre système français les répertoires sont tenus par noms de propriétaires. C'est donc là une énonciation intéressant au plus haut point les tiers et pourtant la loi semble dans ses termes moins exigeante que pour l'indication de l'état civil du créancier, elle se contente d'équivalents, du moment que le conservateur ne conserve pas de doute sur l'identité du débiteur. La raison de cette différence est que le requérant peut ignorer tous les détails de la situation personnelle du débiteur, tandis qu'il connait le créancier, si tant est que ce n'est pas lui. Si le débiteur est décédé, et que le requérant ignore les noms de ses héritiers, l'article 2149 permet de prendre inscription sous la simple désignation du défunt.

Si depuis la constitution d'hypothèque, l'immeuble a

changé de mains, c'est au nom du débiteur originaire que doit être prise l'inscription, sans qu'il soit nécessaire de désigner le détenteur actuel (1). De cette règle, il peut résulter des inconvénients pour les tiers, car ils peuvent être induits en erreur sur la situation hypothécaire du débiteur de l'immeuble. Comme nous le voyons, l'indication du débiteur est du plus haut intérêt pour la publicité hypothécaire, mais il ne faut pas attacher à chacun des éléments de l'énonciation une importance que la loi elle-même repousse. Par conséquent la nullité ne sera pas encourue pour l'absence d'un de ces éléments, du moment que la désignation du débiteur est telle qu'il ne puisse y avoir d'erreur.

3° « La date et la nature du titre. » Cette indication a pour but de faire connaître la cause de l'hypothèque, si elle est légale, judiciaire, conventionnelle. Le titre exigé est le titre constitutif lui-même, ainsi un cessionnaire n'a pas besoin de relater l'acte de cession. L'utilité de la mention de la date du titre et de sa nature est double. La date permet d'apprécier la capacité juridique au moment du contrat. L'indication de la nature renseigne sur l'étendue du droit hypothécaire, s'il est par exemple général comme résultant d'un jugement.

4° « Le montant du capital des créances exprimées dans le titre, ou évaluées par l'inscrivant, pour les rentes et prestations, ou pour les droits éventuels, conditionnels ou indéterminés, dans les cas où cette évaluation est ordonnée : comme aussi le montant des accessoires de ces capitaux et l'époque de l'exigibilité. » C'est la spécialisation de l'inscription quant à la créance, la sauvegarde du droit des débiteurs et de l'intérêt des tiers. Rien n'est plus important que de connaître exactement pour quelle somme un immeu-

(1) Cassation, 27 mai 1816; Sirey, 16, 1, 265.

ble est déjà engagé et de combien sa valeur est diminuée. La spécialisation de l'inscription peut seule remplir ce but. La loi exige trois éléments : le montant de la créance en principal, le montant des accessoires et l'époque de l'exigibilité.

A. L'indication du principal de la créance est facile, si le capital est liquidé dans le titre, on indiquera purement et simplement le chiffre. Si le capital n'est pas fixé, la créance étant indéterminée ou conditionnelle, il faut procéder à une évaluation. Pour les créances conditionnelles il se peut qu'il n'y ait pas d'évaluation à faire, le montant pouvant être fixé, il suffira de mentionner le chiffre avec la condition. S'il s'agit d'une créance indéterminée, d'une obligation de faire ou de ne pas faire, l'évaluation sera nécessaire. S'agit-il d'une rente perpétuelle ou viagère, en argent, il faut indiquer le capital de la créance (1), il a été toutefois soutenu (2) qu'il suffisait de mentionner le taux de la rente et le montant des arrérages. Il nous semble que cette opinion doit être rejetée, au moins lorsqu'il s'agit d'une rente viagère. Ces indications permettent d'établir le capital d'une rênte perpétuelle, mais il en est autrement en ce qui concerne les rentes viagères, et le créancier devra évaluer le capital nécessaire au service de la rente pendant toute la vie du crédi rentier.

L'évaluation du capital de la créance est prescrite dans les cas où la loi l'ordonne. Quels sont ces cas? S'il s'agit d'hypothèques conventionnelles, l'art. 2132 l'exige expressément; pas de difficulté non plus s'il s'agit d'hypothèques légales, la loi les en dispensant formellement (art. 2153, 3°), mais que décider si les droits à évaluer résultent d'un jugement et sont garantis par une hypothèque judiciaire? Une juris-

(1) Aubry et Rau, t. III, § 274, note 3.
(2) Persil, art. 2148, § 4, n° 4; Pont., n° 990.

prudence constante (1) refuse de soumettre ces hypothèques à la règle de l'article 2148, 4° par ce motif que la loi ne dit rien des hypothèques judiciaires et que l'évaluation n'est nécessaire que dans les cas où la loi l'exige.

Cette opinion semble conforme au sens apparent des textes, néanmoins nous n'hésitons pas avec la majorité des auteurs (2) à la repousser. La détermination dans l'inscription du montant de la créance garantie est un élément nécessaire à la réalisation de la publicité. L'art. 2148 pose à cet égard une règle générale s'appliquant aux inscriptions de toutes les hypothèques. Si la loi a cru devoir apporter exception à cette règle, elle l'a fait dans des termes formels (art. 2153, 3°); dans ce cas l'exception avait pour motif la faveur due aux hypothèques légales. Mais certes les hypothèques judiciaires n'ont pas plus de titre à une protection que les hypothèques conventionnelles et les règles édictées pour celles-ci en vue de renseigner les tiers, doivent s'appliquer à celles-là. L'opinion contraire fait de l'article 2148 non pas la règle mais l'exception, en outre elle rend inutile la disposition finale du 3° de l'article 2153, car si l'évaluation n'est nécessaire qu'au cas d'une hypothèque conventionnelle, à quoi bon dire qu'elle ne l'est pas au cas d'une hypothèque légale? cela résulterait suffisamment de l'art. 2148, si celui-ci n'imposait l'obligation d'une évaluation que pour l'inscription des hypothèques conventionnelles.

B. L'énonciation des accessoires de la créance présente aussi un grand intérêt pour les tiers, car ils diminuent d'autant la valeur de l'immeuble hypothéqué. Les accessoires dont l'article 2148 exige l'indication, sont : les intérêts de la créance, ceux échus bien

(1) Rouen, 8 fév. 1851; Sirey, 51, 2, 715; en ce sens, Troplong, III, 684.
(2) Aubry et Rau, III, § 274, note 7; Pont., n° 989.

entendu, puisque l'article 2151 règle la situation de ceux qui écherront à l'avenir; les frais faits par le créancier pour l'obtention et l'enregistrement de son titre, et ceux de l'inscription dont il doit faire l'avance aux termes de l'article 2155. Il n'a pas besoin de mentionner les frais faits pour arriver à la réalisation du gage, car ils sont privilégiés (art. 2101, 1°).

C. L'exigibilité de la créance était une mention plus nécessaire sous la loi de Brumaire qu'elle ne l'est sous le Code civil. En effet, l'article 15 de cette loi donnait à l'acquéreur et à l'adjudicataire les mêmes termes et délais qu'avaient les précédents propriétaires pour acquitter les charges et dettes hypothécaires inscrites. Aujourd'hui il n'en est plus de même, l'acquéreur qui veut purger doit aux termes de l'article 2184 se déclarer prêt à acquitter de suite les dettes et charges hypothécaires, peu importe donc qu'elles soient exigibles ou non. De même le prêteur sur hypothèque n'a pas besoin de connaître l'époque de l'exigibilité. La seule utilité de cette mention peut être de préciser avec toute l'exactitude possible la situation de l'immeuble, d'indiquer au créancier si les créances préexistantes peuvent bénéficier de l'adage *minus solvit qui tardius solvit*.

5° « L'indication de l'espèce et de la situation des biens sur lesquels il entend conserver son privilège ou son hypothèque. » C'est la spécialisation de l'inscription quant au bien frappé par l'hypothèque. C'est le moyen d'assurer une base nécessaire du régime hypothécaire, la spécialité de l'hypothèque. Cette règle de la spécialité de l'inscription a été prescrite dans un but d'intérêt général et afin de réserver aux débiteurs, malgré les exigences de leurs créanciers, le reste de crédit que leur situation peut comporter Mais comme notre loi hypothécaire n'a pas cru devoir

faire de ce principe une application absolument générale, il est des cas où, par la nature même des choses, cette indication n'est pas requise. L'art. 2148, 5° dispose que « cette mention n'est pas requise dans le cas des hypothèques légales ou judiciaires. » Toutefois les hypothèques légales spécialisées (art. 2140 à 2145), les hypothèques judiciaires réduites (art. 2161-2165) tombent sous l'application de la règle de l'art. 2148, 5°.

La loi exige l'indication « de l'espèce et de la situation » des biens. Ces termes exigent que le requérant fasse connaître quelle est la nature du bien (pré, maison, terre), sa superficie, il faut d'autre part indiquer le canton, la commune, et pour bien préciser la situation, les tenants et les aboutissants. Chaque immeuble doit donc être désigné individuellement dans l'inscription par des indications suffisantes pour le distinguer de tout autre immeuble. Ainsi le vœu de la loi n'est pas rempli quand l'inscription ne contient qu'une désignation générique de plusieurs immeubles dont le nombre n'est pas déterminé, comme par exemple si l'inscription est prise sur tous les biens que le débiteur possède dans tel canton, ou dans le terroir de telle commune. L'inscription ne peut être spéciale si elle ne désigne *in specie* chaque objet hypothéqué.

SANCTION DES FORMALITÉS PRESCRITES PAR L'ARTICLE 2148.—L'art. 2148 détermine les indications que doit contenir l'inscription, mais il ne prononce pas la peine de la nullité au cas d'omission. Cependant il est impossible de penser que toutes ces indications puissent être omises impunément, et d'autre part il y aurait une sévérité excessive à prononcer la nullité de l'inscription, toute les fois que l'une quelconque des indications viendrait à être omise. Quelle est la sanction attachée par la loi à chacune des formalités indiquées

par l'art. 2148? telle est la question que la lettre de la loi ne permet pas de résoudre et qui divise aujourd'hui encore la doctrine et la jurisprudence, au point de faire désirer l'intervention du législateur.

Dans les premières années de l'application du Code civil la jurisprudence se montra d'une sévérité excessive. « L'esprit de la loi est dans sa lettre », tel fut le principe qui inspira les arrêts déclarant toutes les énonciations prescrites par l'art. 2148 ainsi que tous leurs éléments sans aucune exception indispensables à la validité de l'inscription(1). Une telle jurisprudence ne laissa pas que de soulever de vives protestations dont les membres du ministère public à la Cour de cassation se firent les organes. Cette opposition donna naissance à une autre théorie formulant une sage distinction entre les formalités substantielles et celles que l'on peut considérer comme d'un ordre secondaire : les premières sont indispensables pour la validité de l'inscription et leur omission est toujours quelque puissent être les circonstances du fait, une cause de nullité : l'omission de l'une des secondes n'entraîne pas au contraire la nullité. La grande difficulté de cette théorie consiste à préciser les indications que l'on doit tenir pour substantielles et celles qui ne sont que secondaires.

L'inscription étant destinée à rendre publique l'hypothèque, doit se composer de l'indication des éléments constitutifs de toute hypothèque ; or l'hypothèque ne pouvant être que l'accessoire d'une créance et consistant dans l'affectation d'un immeuble à la garantie d'une créance, il faut pour déterminer ses éléments constitutifs prendre d'abord ceux de la créance ; un débiteur, un créancier, une chose due et en ajouter un quatrième la chose hypothéquée. On

(1) Cass., 8 septembre 1807; Dalloz, *Hypoth.*, p. 442; Bruxelles, 16 avril 1808; Dalloz, p. 260.

pourrait donc considérer comme formalités substantielles la désignation de la créance, celle des immeubles hypothéqués, celle de la personne du débiteur, et enfin celle de la personne du créancier. Tous les auteurs admettent sans difficulté que les trois premières énonciations sont substantielles, mais pour la quatrième, il y a doute.

La majorité des auteurs ne voyant dans la désignation du créancier qu'une indication dans son intérêt en vue des significations à lui faire ne la regardent pas comme substantielle. En effet, cette énonciation n'est pas absolument nécessaire à la réalisation de la publicité. Les tiers ne sont pas intéressés à connaître quel est le créancier hypothécaire, du moment que l'inscription leur indique que l'immeuble est grevé d'hypothèque et quelle est la valeur de cette affectation, la connaissance qu'ils auraient du nom du créancier ne leur apprendrait rien de plus que ce qu'ils ont intérêt à savoir. La désignation du créancier n'est donc pas indispensable dans l'inscription (1). L'élection de domicile du créancier est considérée comme une formalité substantielle par la Cour de cassation et par certains auteurs (2), qui annulent l'inscription ne la contenant pas.

Quant à l'indication de la date et de la nature du titre et celle de l'époque de l'exigibilité, ont peut les considérer comme n'étant pas formalités substantielles de l'inscription. Toutefois de nombreuses contradictions se rencontrent parmi les auteurs et dans la jurisprudence au sujet de ces indications et l'omission absolue de la date et de la nature du titre paraît, dans certains cas, devoir entraîner la nul-

(1) Pont. — *Privilèges et hypothèques*, p. 338. — Aubry et Rau. t. III, § 276, texte et note 20.
(2) Aubry et Rau, t. III, § 276.

lité de l'inscription. Enfin quant à l'époque de l'exigibilité, son peu d'utilité pour les tiers semble bien justifier son classement dans la catégorie des formalités non substantielles, mais la question se complique d'une loi du 4 septembre 1807. La Cour de cassation annulant à cette époque toutes les inscriptions ne portant pas la mention de l'exigibilité, et la pratique omettant cette formalité, il en résulta une grave perturbation dans le fonctionnement du crédit hypothécaire. La loi du 9 septembre 1807 donna six mois pour rectifier les inscriptions ainsi viciées, mais elle ne rendit pas leur force aux inscriptions annulées par des jugements passés en force de chose jugée. L'adhésion de la loi à la sévérité de la jurisprudence décide la plupart des auteurs à classer l'exigibilité parmi les formes substantielles.

Pour compléter l'exposé de cette doctrine de la distinction des formalités substantielles et de celles qui ne le sont pas il faut remarquer que les indications principales se composent de diverses indications secondaires : ainsi le créancier et le débiteur sont désignés par leurs noms, prénoms, professions et domiciles. La jurisprudence a établi avec raison qu'il n'est pas de rigueur de donner tous ces détails ; le vœu de la loi est que le créancier et le débiteur soient désignés spécialement de manière à éviter toute confusion. Il suffit donc que la désignation soit telle qu'il ne puisse y avoir équivoque ou confusion. C'est la généralisation du système des équipollents, expressément autorisé par la loi en ce qui concerne la désignation du débiteur.

Les difficultés que soulève l'application du principe que nous venons d'exposer semble à certains auteurs livrer à l'arbitraire le sort des inscriptions et les droits des créanciers, aussi proposent-ils un autre criterium pour discerner les énonciations exi-

gées à peine de nullité de celles qui ne sont qu'utiles. Leur principe est le suivant : « il n'y a de nullité qu'autant qu'il y a de préjudice (1). » Si on examine en effet le but de l'inscription, on voit qu'il est de fournir aux tiers les renseignements nécessaires à la sauvegarde de leurs intérêts. Pour atteindre ce but, la loi prend la peine d'indiquer certaines énonciations, mais elle n'y attache aucune sanction, parce qu'elle ne s'inquiète pas des moyens, mais seulement de la fin. Tout se résumera donc en une question de fait. Les juges auront à se demander : le vice de l'inscription cause-t-il ou non un préjudice aux tiers, et l'inscription ne sera annulée que si la réponse est affirmative.

B. — Formalités extrinsèques. — Les parties ayant remis au conservateur des hypothèques le titre sur le fondement duquel elles réclament l'inscription et les deux bordereaux exigés par l'art. 2148, ce fonctionnaire doit procéder à l'inscription. Son devoir est de le faire de suite, et il n'a pas à examiner la validité du titre présenté par le requérant, ni l'exactitude des bordereaux. Le conservateur des hypothèques n'est qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif qui doit purement et simplement déférer à la demande des parties, sans examiner l'opportunité ou la validité de la demande, il n'a pas le caractère d'un juge. Il en est différemment en Prusse comme nous le verrons dans la seconde partie de ce travail. Une fois donc que le conservateur est en possession des pièces exigées par l'article 2148, son seul devoir est d'inscrire l'hypothèque sur ses registres.

Voyons quels sont les registres tenus dans une conservation d'hypothèques et le mécanisme de la réalisation matérielle de l'inscription.

(1) Troplong, III, n° 665 ; Pont., n° 959.

Le conservateur des hypothèques doit tenir trois registres : le registre d'ordre ou de dépôt, le répertoire, le registre des formalités.

1° Le registre d'ordre ou de dépôt (art. 2200) est destiné à recevoir la mention jour par jour et par ordre numérique des remises des pièces en vue de l'inscription. Ce registre est divisé en colonnes et cases, contenant les énonciations nécessaires à la constatation du dépôt : numéro d'ordre, date du dépôt, nombre des pièces remises, nature de l'acte, nom du notaire, montant de la créance, et enfin numéro d'ordre donné à l'inscription sur le registre des inscriptions. Pour éviter la perte de ce registre, la loi du 5 janvier 1875 exige sa tenue en double et prescrit que l'un des doubles sera déposé dans les trente jours qui suivront sa clôture au greffe du tribunal civil d'un arrondissement autre que celui où réside le conservateur. Le registre d'ordre ou de dépôt rédigé sur papier timbré, coté et paraphé par un juge du tribunal, est le livre-journal de la conservation ; au fur et à mesure qu'une demande d'inscription est remise au conservateur, elle est inscrite, et cette mention fixe sa date et son rang. Il doit être une table des matières exacte du registre des inscriptions.

2° Le répertoire prescrit par la loi du 21 Ventôse an VII, article 18 est destiné à recevoir par extrait, au fur et à mesure des actes, au nom de chaque grèvé et dans la case à ce destinée, les inscriptions à sa charge, les transcriptions, les radiations et les autres actes qui le concernent, ainsi que l'indication des registres où chacun de ces actes est porté et les numéros sous lesquels ils y sont consignés. Le répertoire tenu sur papier libre est divisé en cases portant chacune le nom d'un individu écrit en haut. La page de gauche mentionne les mutations et saisies immobilières, celle de droite les inscriptions, les renouvellements. Ce

registre est destiné à donner au conservateur les indications nécessaires pour fournir les renseignements demandés. Quand une personne désire connaître l'état des inscriptions grèvant un immeuble, elle doit indiquer au conservateur le nom du propriétaire actuel et celui des propriétaires antérieurs. Le conservateur trouve alors dans les cases du répertoire affectées à ces divers individus les inscriptions dont ils ont grevé l'immeuble. Pour faciliter les recherches, il y a une table alphabétique du répertoire.

3° Le registre des inscriptions est celui sur lequel s'effectue la copie des bordereaux qui constitue l'inscription elle-même. Ce registre est tenu sur papier timbré, coté et paraphé par un juge, il est clôturé chaque jour par la mention « arrêté » et la date (art. 2201).

Ces divers registres de la conservation des hypothèques étant connus, voyons les formalités à remplir par le conservateur des hypothèques pour opérer l'inscription. Le requérant ayant fourni les pièces au bureau, le conservateur doit de suite inscrire sur le registre de dépôt la remise des titres dans l'ordre des présentations. Pour constater ce dépôt, le requérant doit recevoir (art. 2,200) une reconnaissance sur papier timbré, qui rappellera le numéro du registre sur lequel la remise aura été inscrite. La demande une fois portée au registre de dépôt est désormais classée, et le conservateur doit procéder à l'inscription sur le registre des inscriptions; mais auparavant il doit la mentionner au répertoire dans la case portant le nom du grevé. Cette formalité accomplie, il n'y a plus qu'à copier les bordereaux sur le registre des inscriptions (art. 2150). Cette copie constitue véritablement l'inscription, et comme nous l'avons vu plus haut, le conservateur n'a pas le droit de se refuser à faire l'inscription. Quand le conservateur a fait mention sur son registre du contenu des bordereaux, il remet au re-

quérant, tant le titre ou l'expédition du titre que l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription (art. 2150). Sur ce bordereau, le conservateur indique la date de l'inscription et le numéro du registre sur lequel elle est opérée.

Telles sont les formalités extérieures de la réalisation de la publicité. Il peut se faire que l'inscription ainsi prise soit irrégulière ; voyons rapidement les moyens de remédier à cet inconvénient. Si l'irrégularité provient de l'inexactitude des bordereaux présentés au conservateur, celui-ci ne peut d'office les rectifier, car il n'est pas juge de leur validité. L'inscription ne sera rectifiée que sur la présentation par l'intéressé de nouveaux bordereaux exacts accompagnant une nouvelle réquisition. Si au contraire l'irrégularité provient d'une transcription inexacte sur le registre des bordereaux régulièrement établis, le conservateur peut d'office la rectifier et en prendre une autre sur le registre.

Enfin pour en terminer complètement avec l'inscription, nous devons indiquer que les frais d'inscription sont en définitive supportés par le débiteur, mais que l'avance doit en être faite par l'inscrivant (art. 2155), sauf pour inscription des hypothèques légales. Ces frais comprennent : 1° Les frais de rédaction des bordereaux. 2° le prix du timbre des bordereaux, bulletin, dépôt, registre des inscriptions, 3° le salaire du conservateur, 4° un droit proportionnel de un franc par mille plus les décimes.

§ III. — Publicité des registres

C'est dans l'intérêt des tiers que la publicité a été organisée, il est donc hors de doute qu'ils doivent avoir facilité pour consulter les registres, organes de la publicité. Toute personne qui veut traiter avec un pro-

priétaire doit s'assurer au préalable, si celui avec qui elle traite est propriétaire de l'immeuble qu'il veut vendre ou hypothéquer, et quelles sont les charges qui grèvent déjà cet immeuble. C'est dans les registres de la conservation des hypothèques que les intéressés trouveront ces renseignements. Mais il est évident qu'on ne peut permettre au premier venu de faire lui-même ses recherches dans les registres, sous peine de voir ceux-ci rapidement détruits ; il est un intermédiaire tout indiqué : le conservateur, c'est à lui que devront être adressées les demandes de renseignements, et c'est lui qui fournira aux intéressés toutes les indications nécessaires (art. 2196).

Tout le monde peut adresser au conservateur une demande en réquisition de l'état des inscriptions affectant tel propriétaire ou tel immeuble, et cela sans justifier d'un intérêt légal. La loi ne prescrit aucune formalité pour les réquisitions, mais l'usage est de les rédiger par écrit pour couvrir la responsabilité du conservateur. Si le requérant ne sait pas écrire, le conservateur mentionne sa demande verbale en tête de l'état délivré.

Sur la réquisition des intéressés, le conservateur doit délivrer un état des inscriptions portées sur des registres au nom qui lui est indiqué. Cet état doit être rédigé par écrit, et limité aux termes précis des réquisitions. S'il n'y a pas d'inscription au nom indiqué, le conservateur délivre un certificat le constatant. Aux termes de l'article 2197, le conservateur est responsable des erreurs qu'il commet dans la délivrance des états d'inscription. Ainsi sa responsabilité est engagée, s'il cause un dommage au débiteur, en comprenant dans l'état délivré au requérant des inscriptions éteintes ou inexistantes, ou s'il lèse le créancier en ne signalant pas toutes les charges grèvant l'immeuble, à moins, dit l'article 2197 2°, que l'erreur ne provienne

de désignations insuffisantes qui ne pourraient lui être imputées.

Section III. — Effets de la publicité

L'inscription faisant produire à l'hypothèque les effets pratiques qui sont la fin de celle-ci, étudier les effets de l'inscription serait étudier toute la théorie de l'hypothèque. Le droit de préférence et le droit de suite n'existant d'une manière efficace à l'égard des tiers que par l'inscription, elle est la cause indirecte de tous les effets de l'hypothèque elle-même. Nous nous bornerons donc à étudier les effets directs et immédiats de l'inscription qui sont :

1° La réalisation définitive de l'hypothèque vis-à-vis des tiers ; 2° la fixation de son rang ; 3° la conservation des intérêts de la créance pendant un certain temps ; 4° la conservation du rang de collocation pendant dix ans.

1° Réalisation définitive de l'hypothèque vis-à-vis des tiers.

Nous avons déjà dit que l'inscription de l'hypothèque était une formalité indépendante de la constitution, et que l'existence même de l'hypothèque ne dépendait pas de l'inscription (1). Mais vis-à-vis des tiers, l'inscription vivifie l'hypothèque régulièrement consentie et permet de la leur opposer. Vis-à-vis du débiteur lui-même et de ses ayants-cause à titre universel, l'hypothèque valablement consentie peut être opposée avant toute inscription. Il n'est, en effet, pas nécessaire de la porter à la connaissance d'individus qui ne peuvent l'ignorer. De là il résulte que si le propriétaire

(1) Nous verrons qu'il en est différemment dans la législation prussienne (art. 18 de la loi du 5 mai 1872 sur l'acquisition de la propriété).

d'un immeuble grevé d'hypothèques vend cet immeuble et obtient de l'acquéreur une hypothèque dont il prend inscription, il n'est pas fondé à opposer à son créancier le non renouvellement de l'inscription de celui-ci, pour en faire résulter la priorité de sa propre hypothèque (1).

On le voit donc, à l'égard du débiteur, l'inscription n'est pas nécessaire pour qu'on puisse la lui opposer; mais vis-à-vis des tiers, il en est tout autrement, et c'est l'inscription seule qui permet de leur opposer l'hypothèque. Quel que soit le moyen dont les tiers aient eu connaissance de l'hypothèque, ils sont toujours fondés à opposer le défaut de publicité si l'hypothèque n'a pas été inscrite.

Les tiers sont : 1° les ayants-cause à titre particulier du concédant de l'hypothèque, 2° les créanciers, même purement chirographaires. L'inscription permet au créancier hypothécaire de se prévaloir de son droit de suite vis-à-vis des premiers (art. 2166) : « les créanciers ayant hypothèque inscrite sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, » et vis-à-vis des seconds il peut invoquer le droit de préférence, qui s'exerce sur le prix de l'immeuble et consiste dans la faculté de se faire colloquer dans l'ordre. A quel rang ? c'est ce qu'indique le deuxième effet de l'inscription.

2°. — Fixation du rang

L'article 2134 décide que la date de l'inscription fixe le rang de l'hypothèque. La règle de l'article 2134 s'applique à toutes les hypothèques, mais parmi les hypothèques légales, celles des femmes, des mineurs et des

(1) Cass., 24 juillet 1855, D., 55, 1, 396.

interdits constituent nécessairement une exception à la règle. La loi fixe elle-même dans ces cas le rang de l'hypothèque. Cette détermination du rang de l'hypothèque soulève des questions importantes, mais leur examen sortirait des limites de notre sujet.

En ce qui concerne plus spécialement l'effet de l'inscription, on se demande, si au cas d'une hypothèque portant sur des biens présents et à venir et soumise à la publicité, les biens acquis postérieurement à l'inscription sont frappés de l'hypothèque, au même rang que les biens possédés au jour de l'inscription ? La question était déjà discutée en droit romain. Si l'on suppose plusieurs hypothèques générales inscrites avant le jour où les biens entrent dans le patrimoine du débiteur, doivent-elles venir en concours, ou la date de l'inscription fixe-t-elle le rang pour les biens à venir, comme elle le fait pour les biens présents ? Pothier (1) admettait cette dernière solution, et décidait que les créanciers viendraient non pas concurremment, mais suivant la date des titres. Cette doctrine de la préférence est aujourd'hui généralement admise (2). L'hypothèque générale, en tant qu'elle frappe les biens à venir, est considérée comme soumise à cette condition « si le bien est acquis » et l'immeuble en entrant dans le patrimoine du débiteur se trouve frappé rétroactivement de l'hypothèque à la date de l'inscription.

Il en serait différemment de l'hypothèque des biens à venir, prévue par l'article 2130. La loi exige de prendre une nouvelle inscription au fur et à mesure des acquisitions, et le rang sera déterminé par la date de l'inscription.

Enfin, aux termes de l'article 2147, tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence

(1) *Traité de l'hypothèque*, n° 54.
(2) Voy. Aubry et Rau, III, § 291, note 2; Pont., n°° 599 et 732.

une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand même cette différence serait marquée par le conservateur.

3° Conservation des intérêts de la créance pendant un certain temps

Nous avons vu en nous occupant de l'inscription elle-même que les intérêts échus figuraient parmi les accessoires de la créance, et devaient, pour être conservés par l'inscription, y être mentionnés. Ce n'est donc pas de ces intérêts échus dont nous avons à nous occuper ici, mais des intérêts à écheoir que vise l'article 2151.

Dans l'ancien droit, les intérêts étaient garantis au même rang que le capital, et cela sans limitation de durée. Les hypothèques étant occultes à cette époque, cette décision n'avait rien d'exorbitant, mais du moment que les hypothèques sont soumises à la publicité, il faut répudier cette solution et décider en bonne logique qu'aucun intérêt ne peut être sauvegardé, s'il n'est pris une inscription spéciale. Pourquoi, en effet, consacrer le système de clandestinité pour les intérêts, si l'on exige la publicité pour le capital (1).

La loi du 9 Messidor an III (art. 14) conservait aux intérêts le même rang qu'au capital pendant une année et le terme courant. La loi du 11 Brumaire an VII garantissait deux années. Le Code a combiné les deux systèmes dans le but d'assurer les droits des créanciers inscrits et de faciliter les moyens de calculer exactement les sommes garanties par les hypothèques inscrites.

(1) C'est cette solution qu'a adoptée la loi prussienne du 5 mai 1872 sur l'acquisition de la propriété, art. 30.

L'article 2151 dispose : « Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt ou arrérage, a le droit d'être colloqué pour deux années seulement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre portant hypothèque à compter de leur date pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. »

Aujourd'hui donc, l'inscription du capital garantit au créancier sa collocation au même rang pour deux années d'intérêts et l'année courante. Tous les intérêts autres doivent, pour être garantis, faire l'objet d'inscriptions spéciales.

L'article 2151 suscite diverses questions. Et d'abord quelles sont les deux années échues? Sont-ce les deux années qui suivent immédiatement celle de l'inscription, ou deux années quelconques, peu importe que ce soient les premières ou les dernières? La question a cette importance que si le créancier a été payé des intérêts pendant les deux premières années de l'inscription, il est dépouillé du bénéfice de la loi, si l'on admet qu'il s'agit des deux années suivant immédiatement l'inscription; tandis qu'il peut se prévaloir de la disposition de l'article 2151, si l'on décide qu'il s'agit de deux années quelconques. La Cour de cassation a décidé que c'était cette seconde interprétation qui devait être admise (1), par ces motifs que la loi restreignant à deux années le temps pendant lequel les intérêts sont conservés, n'a pas déterminé le point de départ de ces deux années. Les deux années garanties ne sont pas nécessairement celles qui suivent l'inscription, ce sont deux années quelconques dont les intérêts restent dûs.

La détermination de l'année courante a soulevé

(1) Cassation, 27 mai 1816; Sirey, 16, 1, 250.

aussi des controverses. D'abord, il est aujourd'hui universellement admis qu'il ne s'agit pas d'une année complète, laquelle ajoutée aux deux années ci-dessus indiquées, étenderait à trois ans la protection de la loi (1), il s'agit seulement de la partie de l'année en cours au moment où le créancier veut se prévaloir de son droit. Mais quand il faut déterminer l'étendue exacte de cette partie d'année, les auteurs ne sont plus d'accord.

Pour les uns, l'année courante est celle qui s'étend du dernier anniversaire de l'inscription au jour de la collocation (2). En effet, l'art. 2151 dit expressément « que le créancier sera colloqué pour deux années et l'année courante » la combinaison des termes de la loi indique que dans la pensée du législateur, l'année courante dont il parle est celle en cours à l'époque de la collocation. En outre, le but de l'article 2151 est de protéger les tiers en limitant la durée des intérêts garantis par l'inscription, ce motif de protection des tiers dure jusqu'au moment où le créancier agit pour l'exercice de son droit hypothécaire, et comme c'est la production à l'ordre ou la demande en collocation qui constitue l'exercice du droit hypothécaire, c'est cette production ou cette demande qui est la limite des effets de l'article 2151.

Pour d'autres auteurs l'année courante va jusqu'au jugement d'adjudication pour l'expropriation forcée, et à la notification à fin de purge pour l'aliénation volontaire ; en effet, les intérêts sont garantis par l'inscription et c'est à ces deux époques que se produit l'effet légal de l'inscription. C'est à ces époques que sont fixés les droits des créanciers qui passent de la

(1) L'art. 87 de la loi belge du 16 déc. 1851 décide que le créancier peut se faire colloquer pour trois années d'intérêt au même rang que le capital.

(2) Pont, nos 1019 et 1020.

chose sur le prix, l'ordre en produisant qu'un effet déclaratif à ce moment. Et cette fixation se produit aussi bien pour les intérêts que pour le capital (1). Un certain temps pouvant s'écouler entre le moment où s'arrête le calcul des intérêts de l'année courante et la clôture de l'ordre, les partisans de l'un et l'autre système sont d'accord pour décider que les intérêts échus depuis lors et dûs jusqu'à la clôture de l'ordre, sont conservés au rang de l'hypothèque. Ce n'est pas la faute du créancier s'il ne reçoit pas de suite son paiement, il a fait ce qu'il devait et les intérêts lui sont alloués au rang du capital, par application des principes. (Comparez articles 757, 767, 770, C. de proc. civile). Mais après la clôture de l'ordre, les droits sont irrévocablement arrêtés en intérêts, aussi bien qu'en capital.

L'article 2151 garantit donc un certain nombre d'années d'intérêts, pour les autres il est loisible au créancier de leur donner la sûreté de l'hypothèque, en les garantissant par des inscriptions prises au fur et à mesure de leur échéance. En effet, les intérêts étant l'accessoire du capital constituent une créance hypothécaire, mais l'inscription primitive ne les conservant pas, ils ont besoin d'inscriptions spéciales.

4° Conservation du rang de collocation pendant dix ans.

L'article 2154 décide que l'inscription conserve l'hypothèque pendant dix ans, à compter du jour de sa date, mais qu'avant l'expiration de ce délai, le créancier doit renouveler son inscription, sous peine de voir cesser l'effet de son hypothèque. Quels sont les motifs et l'utilité de ce renouvellement? quelle est l'étendue de cette obligation? comment s'effectue le renouvellement et quels en sont les effets? voilà les points que nous allons successivement examiner.

(1) Aubry et Rau, III, § 285, n° 22.

A. QUELS SONT LES MOTIFS ET L'UTILITÉ DU RENOUVELLEMENT?

En pure théorie, il est difficile de justifier le renouvellement de l'inscription, et ce sont des considérations pratiques qui ont dirigé les législateurs de l'an VII dans la prescription du renouvellement décennal. Leur but fut la simplification de la tenue des registres et du travail des conservateurs. Le Code civil reproduisit la disposition de la loi de l'an VII, et encourut sur ce point de vives critiques. On prétendit que cette disposition de la loi n'aurait d'autre résultat que d'empêcher les capitalistes de contracter des prêts à longue échéance, bien plus favorables aux emprunteurs que les prêts à court terme, qu'ainsi on poussait à la ruine des emprunteurs. On s'apitoya, d'autre part, sur le sort des créanciers qu'un retard d'un seul jour exposait à perdre une hypothèque légitimement acquise. Ces raisons décidèrent certaines Cours à conclure en faveur de la suppression de l'article 2154 dans l'enquête de 1841. Bien qu'on puisse convenir que ces raisons invoquées ont un certain poids, il nous semble qu'on peut au point de vue pratique invoquer des arguments non moins sérieux. Si l'inscription devait conserver l'hypothèque tout le temps que durera la créance qu'elle garantit, il pourrait se faire que par suite de suspensions répétées de prescription, elle ait une durée presque indéfinie. Le conservateur serait dans ce cas obligé de compulser une masse énorme de registres pour délivrer des états d'inscription exacts. Avec la nécessité du renouvellement, au contraire, son travail est simplifié : il n'a qu'à extraire ses états des registres contenant les inscriptions des dix dernières années.

D'autre part la perpétuité des inscriptions pourrait être très défavorable au crédit immobilier. Souvent

des inscriptions de créances éteintes continueraient à subsister sur les registres, le conservateur les porterait nécessairement sur les états qui lui seraient demandés et le crédit des immeubles s'en trouverait diminué d'autant.

Souvent du reste aujourd'hui, on laisse périmer les inscriptions au lieu de les radier après l'extinction de la créance. Ce procédé a l'avantage de n'entrainer aucune formalité et aucuns frais. On voit par ces considérations que le renouvellement des inscriptions simplifie les opérations des conservateurs et leur épargne de nombreuses chances d'erreurs et que l'on peut conclure que les auteurs de la loi de Brumaire et du Code civil ont bien fait d'admettre la loi du renouvellement (1).

B. — QUELLE EST L'ÉTENDUE DE L'OBLIGATION DE RENOUVELLEMENT.

D'abord quelles hypothèques y sont soumises ? Les termes de l'article 2154 sont généraux, les hypothèques conventionnelles, les hypothèques judiciaires et les hypothèques légales soumises à l'inscription (2) sont toutes sans exceptions assujetties à la règle du renouvellement. Quant aux hypothèques légales des femmes, des mineurs, des interdits, puisqu'une inscription n'est pas nécessaire pour leur existence, il est évident que l'on ne peut invoquer contre elles le défaut de renouvellement. Toutefois, si elles ont été inscrites conformément à l'article 2136, l'avis du Conseil d'Etat du 22 janvier 1808 décide qu'elles doivent être renouvelées par les maris et tuteurs, sous les peines portées à l'article 2136.

(1) L'art. 90 de la loi belge du 16 déc. 1851, porte le délai à 15 ans.
(2) Avis du Conseil d'Etat, du 22 janv. 1808; Locré, t. XVI, p. 464.



Comment se calcule le délai de 10 ans ? Les auteurs sont en désaccord sur la façon de faire ce calcul. Pour les uns, les dix ans ne comprennent ni le jour de l'inscription (*dies a quo*) ; ni le jour de l'expiration du délai (*dies ad quem*). Pour les autres ils comprennent à la fois le *dies a quo* et le *dies ad quem*, c'est l'opinion la plus dure pour le créancier. Généralement on décide que le *dies a quo* n'est pas compris dans le délai, mais que le *dies ad quem* y rentre. C'est l'application de la règle ordinaire *dies termini non computatur in termino* (1).

Jusqu'à quel moment peut se faire utilement le renouvellement ? Le but de l'hypothèque, et partant de l'inscription, étant de faire obtenir au créancier son paiement, il est évident que du moment où il est payé, il n'a pas à renouveler son inscription. Mais est-il toujours utile de le faire jusqu'au moment du paiement ? Tant que l'immeuble demeure aux mains du débiteur, le renouvellement doit être fait, quels que soient les changements intervenus dans la condition du propriétaire. Ainsi par exemple après la faillite, le créancier peut renouveler son inscription, et l'article 448 du Code de Commerce ne s'y oppose pas, car un concert frauduleux n'est pas à craindre entre le failli et le créancier.

Si l'immeuble n'est plus entre les mains du débiteur, la question est beaucoup plus délicate, il arrive un moment où l'hypothèque a produit son effet légal sans que le paiement ait eu lieu. La grande difficulté est de déterminer exactement ce moment. Pour la solution de cette question nous devons examiner successivement les cas d'expropriation forcée, de vente volontaire et d'expropriation pour cause d'utilité publique.

(1) Pont, n° 1039; Aubry et Rau, III, § 280, 3°.

a. — EXPROPRIATION FORCÉE. — Les opinions les plus diverses se sont produites à ce sujet et presque toutes les phases de la saisie immobilière ont été successivement désignées comme faisant produire à l'inscription son effet légal. L'opinion la plus généralement admise est que c'est le jugement d'adjudication qui produit cet effet (1). A partir de ce moment, le droit de chaque créancier se trouve déterminé et transporté sur le prix dont l'adjudicataire devient débiteur personnel. « L'adjudication, comme on l'a fait remarquer exactement (2), constitue entre l'adjudicataire et les créanciers un contrat judiciaire se résumant en une indication virtuelle de payement en leur faveur et en un engagement tacite de la part de l'adjudicataire de les payer à leur rang jusqu'à concurrence de son prix. »

Cette solution se confirmait encore avant la loi de 1855 de cet argument que le jugement d'adjudication arrêtait le cours des inscriptions. Depuis la loi du 23 mars 1855, le jugement n'arrêtant plus par lui seul le cours des inscriptions, et la transcription du jugement étant nécessaire pour produire cet effet, on a voulu soutenir que l'inscription n'aurait produit son effet légal et par conséquent que le renouvellement ne serait plus nécessaire, qu'après la transcription du jugement d'adjudication (3). On ajoutait aussi que jusqu'à la transcription, l'immeuble, à l'égard des tiers, appartient au saisi, par conséquent la nécessité du renouvellement existant tant que l'immeuble est dans le domaine du débiteur, l'obligation de renouvellement subsiste. Nous ne pensons pas que cette opinion doive être adoptée, car par l'effet même du jugement, l'adjudicataire est devenu débiteur du prix, les droits des

(1) Aubry et Rau, t. III, § 280, 2°.
(2) Pont, n° 1056.
(3) Troplong, *De la transcription*, n° 272.

créanciers se sont fixés sur ce prix et ils n'ont plus besoin de conserver leur inscription.

La question se complique de cette circonstance que l'adjudication peut n'être pas définitive. Quelle sera la solution dans le cas où il y aura surenchère ou revente sur folle enchère ? Ici encore le désaccord recommence.

Dans un premier système, on décide que l'effet légal de l'inscription ne se produirait qu'au moment de la seconde adjudication, la première étant disparue et ne pouvant produire d'effets.

Dans un second système, qui nous paraît préférable, l'effet produit par le premier jugement d'adjudication subsiste au profit des créanciers nonobstant la surenchère ou la folle enchère. La situation des créanciers vis-à-vis du premier adjudicataire n'a pu être détruite par la surenchère ou la folle enchère, le contrat judiciaire qui s'est formé subsiste nonobstant la seconde adjudication. Si c'est le premier adjudicataire qui demeure adjudicataire définitif, pas de difficulté : le contrat persiste; s'il y a un nouvel adjudicataire, il est substitué aux obligations du premier vis-à-vis des créanciers qui ont acquis par le premier jugement d'adjudication un droit certain et déterminé sur le prix (1).

b. Vente volontaire. — Ni la vente elle-même, ni la transcription ne font produire à l'inscription son effet légal. L'immeuble passe entre les mains des acquéreurs grevé des hypothèques, et tant qu'il n'y a pas eu de purge, il est nécessaire de renouveler les inscriptions.

A quel moment de la purge le renouvellement ne sera-t-il plus nécessaire, l'inscription ayant produit son effet légal ? On admet généralement que ce sont

(1) Aubry et Rau, III, § 280; 2° texte et note 15.

les notifications à fin de purge prescrites par l'article 2183, et par lesquelles l'acquéreur se déclare prêt à payer les dettes et charges, qui fixent les droits des créanciers. A partir de ce moment, le renouvellement des inscriptions n'a plus d'utilité, car ces notifications sont la base d'un contrat obligeant l'acquéreur à payer le prix aux créanciers hypothécaires en ordre de le recevoir (1).

Toutefois certains auteurs se refusent à voir à ce moment un véritable contrat, ils prétendent qu'il n'y a que des offres émanant de l'acquéreur et qu'il faut attendre l'acceptation de ces offres par les créanciers. Il faut donc attendre l'expiration du délai de quarante jours accordé par la loi aux créanciers pour surenchérir. A cette date seulement s'il ne s'est pas produit de surenchère, on pourra dire que l'inscription n'est plus utile, mais elle devra avoir duré jusqu'à ce moment. Si au contraire une surenchère se produit dans le délai légal, elle opère résolution de la notification et de l'offre de l'acquéreur; l'inscription ne produit son effet qu'à l'adjudication sur surenchère et jusque là elle doit être conservée sous peine de peremption (2).

Ce système est la conclusion logique du principe qui fait produire à la surenchère un effet résolutoire. Comme nous l'avons dit plus haut à propos de l'expropriation forcée, la surenchère, à notre avis, substitue un nouvel acquéreur au premier et l'offre du prix constituant un droit irrévocable pour les créanciers, l'inscription a produit à ce jour son effet légal, et son renouvellement n'est pas utile. En adoptant cette opinion sur la surenchère, il faut faire produire aux offres de l'acquéreur leur effet du jour

(1) Aubry et Rau, III, § 280; 2e texte et note 23.
(2) Troplong, III, 723; Pont, nos 1060 et 1061; Mourlon, *Répétitions écrites*, t. III, n° 1591.

même de leur notification, sans attendre l'expiration du délai de quarante jours, car peu importe qu'il y ait ou non surenchère, c'est-à-dire que l'offre soit acceptée ou non, puisque nous faisons toujours remonter au jour des notifications l'effet du contrat qui s'est formé à ce jour entre l'acquéreur et les créanciers (1).

c. EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE. Les créanciers n'ont pas été appelés à la procédure précédant le jugement d'expropriation et on ne peut les considérer comme parties à un contrat judiciaire intervenu avec l'acquéreur. L'art. 17, de la loi du 3 mai 1841 décide que l'acquéreur doit payer son prix d'acquisition aux créanciers portés sur l'état d'inscriptions délivré par le conservateur, après l'expiration du délai de quinzaine qui suit la transcription du jugement d'adjudication. Par conséquent, pour figurer sur cet état, il est nécessaire aux créanciers d'entretenir l'inscription jusqu'à cette époque en la renouvelant.

C. — COMMENT S'EFFECTUE LE RENOUVELLEMENT.

Les règles exposées à propos de la première inscription sont applicables au renouvellement. Il est requis par ceux qui avaient le droit d'effectuer l'inscription originaire et au nom des personnes qui pouvaient figurer à la première inscription. Le conservateur ne peut exiger la production du titre constitutif, car le droit du requérant est suffisamment établi par l'inscription portée aux registres.

Le requérant doit produire deux bordereaux, cela est certain, mais on n'est pas d'accord sur le contenu de ces deux bordereaux.

Pour certains auteurs, le renouvellement étant destiné à remplacer l'inscription primitive, ne peut rem-

(1) Aubry et Rau, III, § 280, 2°, texte et note 23; Cass., 15 mars 1876; Sirey, 76. 1, 216.

plir ce but qu'à condition de reproduire toutes les indications essentielles de cette inscription.

En effet c'est l'inscription nouvelle qui constitue désormais la publicité de l'hypothèque, puisque le conservateur n'a pas à faire mention sur les états qu'il délivre de l'ancienne inscription.

Pour d'autres, au contraire, il suffirait d'insérer dans le renouvellement, un renvoi formel, exprès et clair à la première inscription. Il est du reste nécessaire que le renouvellement fasse mention de l'ancienne inscription, soit que l'on procède dans les bordereaux par renvoi à celle-ci, ou que l'on reproduise toutes les indications des articles 2148 et 2153. Sans cette mention, il est impossible de distinguer le renouvellement d'une première inscription; rien n'indique aux tiers qu'il est destiné à conserver le rang de l'hypothèque à la date d'une ancienne inscription, et l'on est induit à croire qu'il n'assure à l'hypothèque que le rang de sa propre date. Il faut donc décider que l'inscription prise en renouvellement ne peut valoir comme telle qu'en faisant connaître qu'elle est prise en renouvellement d'inscription plus ancienne; à défaut de cette mention, l'inscription ne se rattache plus à la précédente et n'assure à l'hypothèque d'autre rang que celui de sa date.

D. — QUELS SONT LES EFFETS DU RENOUVELLEMENT

Le renouvellement régulièrement opéré conserve à l'hypothèque tous les effets que lui assurait la première inscription, pendant une période nouvelle de dix ans. Il peut se faire que l'inscription soit renouvelée avant l'expiration du délai de dix ans, c'est du jour du renouvellement que courra la nouvelle période de dix ans.

CHAPITRE II

Des exceptions à la publicité

Si l'on se place au point de vue exclusif de l'intérêt du crédit réel, il faut faire de la règle de la publicité une loi absolue et qui ne souffre aucune exception. La publicité complète de tous les droits réels peut seule garantir la sécurité des acquéreurs d'immeubles et des prêteurs sur hypothèque. Le législateur du Code civil ne s'est pas placé à ce point de vue absolu, il s'est préoccupé d'assurer les intérêts de la famille et la fortune des incapables. Pour arriver à ce but il n'a pas craint de porter une atteinte considérable au crédit réel, et de sacrifier sur ce point la consolidation du crédit immobilier à la garantie de ces intérêts moraux. L'hypothèque légale sur les biens du mari et du tuteur lui a paru le meilleur moyen de conservation, et pour l'entourer de toutes les garanties désirables, il l'a gratifiée du bénéfice de la clandestinité. L'intérêt des incapables l'a emporté sur celui des prêteurs, mais sa victoire n'est pas définitive. La question reprise dans les débats précédant la loi de 1855 n'a pas reçu de solution et se trouve encore aujourd'hui pendante.

Deux systèmes absolus sont en présence. Pour les uns l'hypothèque légale des incapables doit subsister et conserver le caractère de clandestinité au moins pendant toute la durée de l'incapacité.

Pour d'autres au contraire, l'hypothèque légale des

incapables n'a pas de raison d'être et doit être purement et simplement supprimée.

Le plus ardent défenseur des hypothèques légales est Troplong, et son influence lors des discussions de la loi de 1855 peut être comptée pour beaucoup dans le succès que remporta la cause des hypothèques légales. Dans l'autre camp, l'ardeur et la conviction ne sont pas moindres. Il faut convenir que la question est grave et que les arguments ne manquent pas de poids.

Les adversaires des hypothèques légales se placent au point de vue exclusif de la facilité des prêts hypothécaires. Leurs défenseurs font valoir des considérations morales supérieures: « l'intérêt de l'Etat et de la famille qui serait ébranlé, si les dots des femmes et le patrimoine des mineurs n'étaient mis à l'abri des dissipations et des larcins (1). » Tels sont les arguments principaux invoqués de part et d'autre et qui sont la base de la discussion.

Entre ces deux opinions extrêmes n'y aurait-il pas un moyen terme? ne serait-il pas possible de conserver l'hypothèque légale en la soumettant à la nécessité de l'inscription, en un mot de revenir au système de la publicité absolue? On ne pourrait reprocher à ce système de compromettre le crédit réel. Les prêteurs sur hypothèque n'auraient plus à craindre « cet inconnu menaçant que crée l'éventualité des charges occultes, » et ainsi les partisans de la suppression pure et simple de l'hypothèque légale verraient leur principal argument leur faire défaut. On objecte à ce système, dans le camp des partisans de l'hypothèque légale occulte, que donner aux incapables une hypothèque comme sûreté de leurs créances et la faire dépendre d'un acte supplétif dont l'omission la rend sans effet est retirer d'une main ce que l'on concède de l'autre.

(1) Troplong, *Des privil. et hypothèques*, I, p. 62.

N'y aurait-il pas un moyen de remédier à cet inconvénient et de se soustraire à ce reproche ? Il serait possible de prendre dans la loi des mesures pour assurer l'inscription et d'attacher une sanction suffisante à l'obligation imposée à certaines personnes de prendre l'inscription. Tel est le système adopté par la législation Sarde, qui n'admet pas la clandestinité de l'hypothèque légale et édicte des mesures propres à en assurer l'inscription.

Les articles 2221, 2222 et 2223 du Code Sarde décident : 1° En ce qui concerne les femmes mariées, que leur hypothèque devra être inscrite, d'abord par l'ascendant qui constitue la dot, sous peine d'être tenu d'en fournir une nouvelle, ensuite par le mari, sous peine d'amende. De plus, pendant la durée du mariage, le mari est tenu de prendre inscription sur ses propres biens à concurrence des sommes échues à la femme à titre de donation ou de succession, ainsi que des capitaux recouvrés par le mari.

2° En ce qui concerne les mineurs, les tuteurs doivent faire inscrire leur hypothèque légale dans les deux mois, à compter du jour où ils ont accepté la tutelle, toujours sous peine d'amende ; le conseil de famille, dès sa première assemblée, doit s'assurer si cette obligation a été remplie et en faire rapporter la preuve. Le protuteur doit également y veiller, sous peine de dommages et intérêts.

Le Code Sarde indique ensuite les personnes qui peuvent faire inscrire ces hypothèques légales, ce sont : le mineur et la femme mariée, les parents, les alliés et les amis des incapables. Sous un tel régime il ne semble pas que les mineurs et les femmes mariées aient besoin de la clandestinité pour être utilement protégés.

Le même principe est suivi dans la législation allemande; les incapables ont, non pas une hypothèque

légale, mais un titre de droit sur le fondement duquel l'inscription peut être prise.

D'après la loi belge de 1851 toutes les hypothèques sont soumises au principe de la publicité et l'inscription est la condition même de l'existence de l'hypothèque légale. L'inscription doit être prise par le tuteur, sous peine de destitution (art. 52), par le subrogé tuteur, par un membre quelconque du conseil de famille ou un étranger désigné par le conseil (art. 53) ; enfin il est interdit aux greffiers de justice de paix de délivrer, sous peine de responsabilité personnelle et de destitution, des expéditions des délibérations des conseils de famille, s'il ne leur est justifie que l'inscription est prise contre le tuteur (art. 54). L'inscription de l'hypothèque légale de la femme doit être requise par elle-même, par le mari (art. 64), par les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement (art. 69), par le juge de paix du domicile du mari et par le Procureur du Roi (art. 70).

Il reste une dernière objection qu'on peut adresser au système de la publicité des hypothèques légales : l'indétermination des créances qu'elles sont destinées à garantir ne permettra pas de prendre une inscription pour une somme précise. On ne peut même par la publicité la plus complète faire connaitre aux tiers toutes les reprises qu'une femme peut avoir à exercer contre son mari, ou un pupille contre son tuteur.

N'y a-t-il pas un remède possible et qui est celui qu'ont adopté les lois allemandes. On estimera par avance et à forfait, la somme jusqu'à laquelle pourront s'élever les créances garanties par l'hypothèque légale. Si au cours de l'incapacité de nouveaux faits viennent augmenter les créances, rien ne sera plus facile que de prendre au fur et à mesure des inscriptions destinées à sauvegarder les intérêts des incapables.

La loi belge qui exige la spécialité de l'hypothèque légale aussi bien que son inscription indique dans l'article 49 le moyen de spécialiser l'hypothèque légale des mineurs. Il est le même que celui employé par les lois allemandes « le conseil de famille fixe la somme pour laquelle l'inscription sera prise eu égard à la fortune des mineurs » (1). Dans le cours de la tutelle, le conseil de famille a d'après l'article 58 le droit de prendre un supplément d'hypothèque, si la garantie primitive n'est pas suffisante. A l'inverse, si l'inscription devient excessive, elle peut être réduite par le conseil de famille (art. 60). Pour l'hypothèque légale de la femme, elle est spécialisée pour la dot et les conventions matrimoniales par le contrat de mariage (art. 64). La femme peut en outre stipuler dans ce contrat une hypothèque spéciale pour garantir les reprises de toute nature qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari (art. 64, § 2). Pendant le cours du mariage, l'hypothèque peut être spécialisée par la femme avec autorisation du Président du tribunal, pour sûreté des créances qui prennent naissance contre le mari au cours du mariage.

Par la publicité donnée à l'hypothèque légale, on satisfait aux exigences du crédit, et par l'organisation des moyens destinés à assurer cette publicité, on sauvegarde l'intérêt des incapables. Un tel système ne peut *a priori* être rejeté, puisque nous le voyons fonctionner dans des États importants, où les résultats qu'il donne n'ont rien de fâcheux.

Examinons quelle fut la solution donnée à cette grave question par le Code civil.

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. XXX, n° 298.

§ I. — Hypothèques dispensées d'inscription.

L'article 2135 dispose « L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription : 1° au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur. 2° au profit des femmes sur les immeubles de leur mari. »

Deux hypothèques générales existent donc et produisent leurs effets en dehors de toute inscription 1° l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit 2° l'hypothèque légale de la femme mariée. Dans ces trois cas d'hypothèque légale le Code n'attache pas à l'absence d'inscription la sanction d'inefficacité dont il frappe l'hypothèque dans les autres cas, et quoique non inscrites, ces hypothèques confèrent droit de préférence et droit de suite. Le rang de préférence ne résultera pas de l'inscription, c'est la loi elle-même qui le détermine entre les différents créanciers et ses dispositions donnent lieu à de nombreuses divergences qu'il n'est pas de notre tâche d'examiner en détail. Nous admettrons aussi sans discuter que le droit de suite est de même conservé indépendamment de toute inscription, par conséquent que les incapables peuvent user du droit de surenchère, ou poursuivre hypothécairement les tiers détenteurs (1). L'art. 2135 ne contient pas une dispense absolue d'inscription, car il faut remarquer que les termes qu'il emploie diffèrent essentiellement de ceux de l'article 2107 qui renferme une dispense absolue d'inscription. L'article 2135 déclare seulement que le défaut d'inscription n'est pas opposable à la femme ou au mineur. S'il tendait à affranchir complètement de l'inscription les hypothèques des femmes et des mineurs, on ne comprendrait plus les art. 2136 et suivants, ordonnant à certaines personnes de

(1) Aubry et Rau, III, § 269, 2°, texte et note 7.

prendre inscription, ni les art. 2193 et suivants, soumettant à la publicité, au cas d'aliénation des biens des maris et tuteurs,la conservation des hypothèques légales. Le Code a voulu protéger les incapables et en même temps renseigner les tiers en prescrivant à certaines personnes de rendre publiques les hypothèques des mineurs, des interdits et des femmes mariées. Voyons quelles sont ces personnes.

§ II. — Mesures prises pour assurer l'inscription.

Le Code civil prend dans les articles 2136 à 2139 des mesures pour arriver à la publicité qu'il n'exige pas, mais les moyens que la loi a employés pour arriver à réaliser ce but ne produisent que des effets bien restreints, surtout aujourd'hui où toute sanction manque depuis la disparition de la seule peine garantissant la diligence des personnes que la loi charge de prendre inscription.

En vertu des articles 2136 à 2139, certaines personnes sont obligées de prendre l'inscription et d'autres ont la faculté de le faire.

Sont obligés de prendre inscription en première ligne les maris et tuteurs : « ils doivent requérir eux-mêmes (art. 2136), sans aucun délai inscription aux bureaux à ce établis sur les immeubles à eux appartenant et sur ceux qui pourront leur appartenir par la suite. » C'est dès l'acceptation de la tutelle ou dès la célébration du mariage, que les tuteurs et maris doivent prendre l'inscription. La loi édicte une sanction pour le cas où ils n'obéiraient pas à l'article 2136. « Les maris et les tuteurs qui, ayant manqué de requérir et de faire faire les inscriptions ordonnées par le présent article, auraient consenti ou laissé prendre des hypothèques ou des privilèges sur leurs immeubles, sans

déclarer expressément que les dits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes et mineurs sont réputés stellionataires, et comme tels contraignables par corps ». Cet article donne lieu à un certain nombre d'observations. D'abord on ne comprend pas très bien les termes de la loi, « consenti ou laissé prendre des privilèges, » puisque le privilège ne résulte que de la loi et non de la convention. On entend généralement qu'il s'agit de cession ou de subrogations de privilèges déjà existant. Le texte s'explique d'autre part très facilement, s'il s'agit d'hypothèques conventionnelles, mais pour les hypothèques judiciaires et les hypothèques légales, il est difficile d'étendre à leur établissement la pénalité de l'art. 2136 (1). De telle sorte qu'il faut restreindre les termes de l'art. 2136 à la seule application qu'ils comportent pratiquement, c'est-à-dire à la constitution d'une hypothèque conventionnelle par le mari ou le tuteur.

La question fut aussi discutée de savoir si la peine était encourue par le mari ou le tuteur quand les tiers avaient connaissance avant de traiter de l'existence des hypothèques légales. Cette discussion parait devoir être omise aujourd'hui comme manquant d'intérêt, depuis que le stellionat est dépourvu de sanction pénale, la loi du 22 juillet 1867 ayant aboli la contrainte par corps.

Aujourd'hui donc les prescriptions de l'article 2136 sont dépourvues de sanction, toutefois il peut y avoir lieu à une action en dommages et intérêts contre les tuteurs et maris dont la négligence aurait pu préjudicier aux tiers.

La loi craignant que le tuteur n'omette l'inscription dont elle le charge, dispose, article 2137, que « les subrogés-tuteurs seront tenus sous leur responsabi-

(1) Aubry et Rau, III, § 269, 2°, texte et note 36.

lité personnelle et sous peine de tous dommages et intérêts, de veiller à ce que les inscriptions soient prises sans délai sur les biens du tuteur pour raison de sa gestion, même de faire faire lesdites inscriptions. »
Les subrogés-tuteurs doivent donc faire inscrire l'hypothèque légale des mineurs sur les biens du tuteur, et, au cas d'omission, la loi les frappe d'une peine pécuniaire consistant en dommages et intérêts envers la personne qui aura souffert un préjudice de leur négligence.

A côté de ces personnes à qui la loi impose l'obligation de rendre publique par l'inscription l'hypothèque légale des incapables, il en est d'autres à qui elle donne l'autorisation de le faire. Ce sont pour la femme, les parents, soit de la femme soit du mari, et pour les mineurs les parents, et à leur défaut les amis. (article 2139).

Comme il n'est besoin d'aucune capacité pour remplir cette formalité, la femme et le mineur eux-mêmes pourraient procéder à la formalité de l'inscription.

Enfin, le ministère public est autorisé par la loi à prendre inscription (art. 2138), mais cette disposition est lettre morte. Comme nous venons de le dire, toutes ces tentatives que le Code a faites pour assurer la publicité des hypothèques légales sont vaines et ne produisent le plus souvent aucun effet. Mais il existe des cas prévus par le Code où la publicité des hypothèques légales devient nécessaire; nous voulons parler de la purge. La possibilité pour l'acquéreur de débarrasser en le purgeant, l'immeuble acquis des hypothèques légales est certainement une disposition utile au crédit public. Pour arriver à ce but, il fallait obliger les hypothèques légales occultes pesant sur l'immeuble à se faire connaître dans un certain délai pour pouvoir être opposées à l'acquéreur, c'est ce que fait l'article 2194 qui donne pour requérir l'inscription

un délai de deux mois à compter du jour du dépôt au greffe du contrat d'acquisition et de sa notification à la femme, au subrogé tuteur et au procureur de la République. Si l'inscription n'est pas faite dans ce délai, l'immeuble vendu est affranchi de l'hypothèque légale.

Si au lieu d'une vente volontaire, nous supposons une expropriation forcée de l'immeuble du mari ou du tuteur, les créanciers pourvus d'une hypothèque occulte n'étant pas associés à la poursuite en expropriation forcée, on doutait sous le Code de procédure que le jugement d'adjudication eût pour effet de purger leurs hypothèques. La jurisprudence de la Cour de Cassation s'était refusée à admettre cette solution, mais la loi du 21 mai 1858, modifiant l'article 717 du Code de procédure civile, lève aujourd'hui tout doute en décidant que l'adjudication sur saisie produit le même effet pour toutes les hypothèques inscrites ou non, sous cette condition que le saisissant doit, d'après l'article 692 du Code de procédure civile, faire aux créanciers hypothécaires dispensés d'inscription les mêmes notifications qu'aux autres créanciers inscrits. Il doit de plus faire ces notifications aux personnes chargées de publier ces hypothèques légales et au ministère public. Sur ces notifications, les hypothèques légales des incapables doivent être inscrites jusqu'à la transcription du jugement d'adjudication, sous peine de déchéance du droit de suite.

Enfin, si nous supposons l'expropriation pour cause d'utilité publique de l'immeuble du mari ou du tuteur, inscription de l'hypothèque légale doit être prise dans la quinzaine qui suit la transcription du jugement d'expropriation (art. 17, loi du 3 mai 1841).

Il nous reste à voir quelles sont les formes spéciales requises pour l'inscription de l'hypothèque légale des femmes et des mineurs? D'une manière

générale on peut dire que l'article 2148 que nous avons précédemment étudié est applicable ici, mais il est certaines différences imposées par la nature et les caractères spéciaux de ces hypothèques, nous les signalerons brièvement. D'abord il n'est pas nécessaire de représenter le titre, puisque la loi est la cause de l'hypothèque.

L'article 2153 prescrit le dépôt de deux bordereaux contenant seulement : 1° les nom, prénoms, profession et domicile réel du créancier ainsi que son domicile élu dans l'arrondissement; 2° les nom, prénoms, profession, domicile ou désignation précise du débiteur; 3° la nature des droits à conserver et le montant de leur valeur quant aux objets déterminés, sans être tenu de la fixer quant à ceux qui sont conditionnels, éventuels ou indéterminés.

Telles sont les indications exigées, voyons celles que la loi laisse de côté. Elle n'exige pas la mention de la date et de la nature du titre, c'est facile à comprendre : il n'y en a pas d'autre que la loi. Elle ne demande pas l'évaluation des créances, puisque l'hypothèque légale est destinée à garantir des créances indéterminées. Enfin la loi ne réclame pas la spécialisation des immeubles frappés par l'inscription, puisque le caractère distinctif de l'hypothèque légale est la généralité.

Comme on le voit par ce rapide exposé sur l'hypothèque légale le Code civil avait admis d'une façon aussi large que possible l'idée de protection des incapables en étendant même la dispense d'inscription après la cessation de l'incapacité. Si la légitimité de cette protection peut être discutée pendant la durée de l'incapacité, on comprend que son maintien après la cessation de l'incapacité qui la motive, soulève les plus vives objections. Ce ne sont pas du reste les seules qu'encourut le Code civil dès les premières

années de son application; nous devons pour être complet examiner la campagne de réforme menée contre l'œuvre du législateur de 1804, campagne qui aboutit à la loi du 23 mars 1855, réalisant des progrès incontestables et imposant silence à de graves critiques.

CHAPITRE III

Réforme hypothécaire.

Comme nous l'avons déjà dit, les rédacteurs du Code civil placés entre les deux principes diamétralement opposés de l'ancien droit et du droit intermédiaire, entre la clandestinité absolue et la publicité absolue, ne voulurent adopter franchement ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes, et s'arrêtèrent à un système mixte. La base de ce système est la publicité, mais dans l'application, des concessions sont faites aux idées coutumières qui s'étaient révélées au sein du conseil d'Etat.

Les deux principaux griefs relevés contre le système du Code civil furent : la clandestinité des mutations immobilières et celle des hypothèques légales.

Sans la publicité des actes translatifs de propriété immobilière, la publicité des hypothèques est absolument illusoire, « c'est un leurre, dit M. Laurent, ce n'est plus une garantie ». La loi de Brumaire ne méritait pas ce reproche ; mais le Code civil avait eu le tort de s'en écarter sur ce point, et comme le dit M. Troplong « par là le système hypothécaire s'est trouvé frappé au cœur » (1).

D'autre part l'exception faite au principe de la publicité en faveur des incapables dispensés d'inscrire leur hypothèque légale fut non moins vivement cri-

(1) Troplong, *Privil. et hypothèques*, I, p. 49.

tiquée. Le régime hypothécaire, tel que l'établissait le Code civil, était donc bien défectueux, mais il faut dire à l'excuse des législateurs de 1804, qu'il était assez difficile de se rendre un compte exact du rôle que le régime hypothécaire était appelé à jouer dans la société alors en pleine voie de transformation. Il est incontestable que les défauts de cette législation peuvent justifier les plaintes que l'on éleva au sujet de l'éloignement des capitaux des prêts fonciers. Mais ce serait méconnaître le siège du mal que de se borner à ce point de vue exclusif.

Dans les siècles précédents, les placements sur terre et en hypothèques étaient les plus sûrs pour les capitalistes, il n'y avait donc nulle difficulté à se procurer des capitaux sur hypothèques. Mais les circonstances changèrent essentiellement dans les premières années de ce siècle.

Le commerce et l'industrie prirent un essor qu'il était difficile de prévoir. Des sociétés nombreuses inondèrent le marché de leurs titres. Les Etats, les villes cherchèrent du crédit et réalisèrent des emprunts. C'est dans cette concurrence des entreprises industrielles et autres qu'on peut trouver les motifs de la détresse de l'hypothèque. Les actions et les titres offrirent aux capitalistes des avantages que n'offrait pas la terre. L'expectative de gains énormes, la facilité de percevoir les intérêts et les dividendes, la possibilité de transformer tous les jours à la Bourse ces papiers en monnaie courante étaient bien faites pour séduire les préteurs. Ce n'est pas du reste la seule cause, une autre presque aussi grave est l'illusion où sont le plus souvent les propriétaires sur leurs propres moyens. On achète des propriétés à des prix hors de proportion avec les revenus, à défaut de fortune propre on n'offre qu'un faible appoint et on cherche dans le crédit le moyen d'accroître ses facultés.

C'est ainsi que souvent le besoin de crédit croit dans une mesure excédant la valeur de la sureté réelle. En un tel état de choses, il n'est pas étonnant que le capital se montre récalcitrant ou très exigeant ; ce n'est pas la faute du droit.

Quoi qu'il en soit de ces raisons le système hypothécaire établi par le Code civil était loin d'être parfait et l'opposition ne tarda pas à se révéler vigoureusement.

En 1827, Casimir Périer proposa un prix à l'auteur du meilleur mémoire qui indiquerait le moyen de porter remède aux graves inconvénients du régime hypothécaire créé par le Code civil.

Parmi les ouvrages remis, un d'eux se distingua surtout par la hardiesse de ses idées (1) et Casimir Périer le signala en 1829 à l'attention des publicistes et des jurisconsultes. Les particuliers n'étaient pas les seuls à s'occuper de la question, les corps publics commençaient à s'en préoccuper, et à partir de 1830, nombre de conseils généraux formulèrent des vœux tendant à provoquer une réforme sur ce point.

Sous la pression de l'opinion le gouvernement lui-même prit part au mouvement. Dans la séance du 16 avril 1836 (2), le député Lavieille chargé de rendre compte à la chambre de pétitions tendant à l'amélioration du système hypothécaire, faisait remarquer toute l'importance d'un bon régime hypothécaire, non-

(1) M. Decourdemanche, « *Du danger de prêter sur hypothèque.* » L'auteur de cette brochure, après avoir exposé les dangers du régime hypothécaire du Code s'étonne de voir le soin apporté par les lois hypothécaires à la publication des hypothèques spéciales et le dédain qu'elles manifestent pour la publicité d'une foule d'actes qui modifient la capacité des personnes et portent atteinte à la propriété de tous les immeubles possédés. En cet ordre d'idées il demande une publicité effective des hypothèques légales, déclarations d'absence, adoptions, inventaires, partages, et la suppression de l'hypothèque judiciaire. Ces diverses réformes peuvent paraitre hardies mais ne méritent pas le dédain que des auteurs ont manifesté à leur sujet.

(Moniteur du 17 avril 1836, p. 770.

seulement au point de vue du droit civil, mais au point de vue politique. Dans cette même séance M. Dupin, quittant le fauteuil de la présidence et montant à la tribune déclarait « que la loi des hypothèques qui devait être faite pour assurer les créances, ne laisse pas les créanciers sans inquiétude pour leur conservation. On semble avoir tout imaginé contre le créancier pour qu'il ne touche pas son argent à l'échéance. » A la suite de ces débats » la Chambre renvoya la pétition au Président du conseil à cause de l'importance de la question.

En 1841, M. Martin (du Nord), alors Garde des Sceaux appela par une circulaire en date du 7 mai, l'attention des Cours et des Facultés de droit sur le régime hypothécaire. Les vœux de réforme exposés furent réunis et publiés. De leur examen, il ressort qu'en général le système du Code fut adopté, mais avec d'importantes réformes dans le sens de la publicité.

Pour les hypothèques légales, la Cour de Cassation et la presque unanimité des Cours et des Facultés ne voulurent point priver les incapables du bénéfice de leurs hypothèques pour défaut d'inscription, mais elles proposèrent des mesures destinées à rendre plus fréquente leur inscription. La Faculté de Paris et celle de Lyon furent les seules à proposer la publicité de toutes les hypothèques sans exception et la protection des incapables par des garanties personnelles ou réelles à déterminer avant le commencement de l'incapacité.

Si les avis différèrent sur l'hypothèque légale, il n'en fut pas de même sur la transcription. La presque unanimité des corps consultés reconnut la nécessité de son rétablissement et le retour à la loi de Brumaire. Les seules oppositions se manifestèrent au sein des des Cours de Toulouse et de Bordeaux qui ne voulaient

pas « découronner notre Code civil de cette philosophie spiritualiste qui le place si haut au-dessus des œuvres de la codification moderne. »

Le ministère de la justice centralisa les travaux des Cours et Facultés, une commission fut nommée avec la mission d'examiner les documents et de préparer les éléments de la réforme: elle n'avait pas encore achevé son travail lorsqu'éclata la Révolution de 1848.

Pendant cette année, la réforme hypothécaire fut reprise sur des bases plus radicales. Le 23 juin 1848 (1), M. Wolowski fit, à l'Assemblée nationale, une proposition sur l'organisation du crédit territorial. Le 15 juin 1849, un décret du Prince Président institua une commission extraparlementaire, qui devait terminer l'œuvre de la première. Le projet de cette commission, porté au Conseil d'Etat le 27 décembre 1849, était favorable au rétablissement de la publicité.

Sans attendre une seconde délibération du Conseil d'Etat, le ministre de la justice déposa, le 4 avril 1850, sur le bureau de l'Assemblée législative, un projet de loi sur les hypothèques, d'après lequel les hypothèques sans aucune exception, devaient être inscrites pour être efficaces.

Ce projet alla rejoindre, aux mains d'une commission parlementaire, un autre projet présenté à l'Assemblée l'année précédente, et destiné à remplacer dans le Code le titre des hypothèques. Cette commission, qui avait choisi comme président M. Demante et comme rapporteur M. de Vatimesnil, se déclara décidée à en revenir à la publicité complète et absolue des mutations de propriété et des hypothèques.

Pendant ce temps, le Conseil d'Etat procédait à la seconde lecture du projet que le Gouvernement lui avait envoyé le 27 décembre 1849 et repoussait,

(1) *Moniteur* de 1848, p. 1480.

« comme périlleuse pour les intérêts sacrés des mineurs, des interdits et des femmes, la nécessité de l'inscription de leur hypothèque légale. » Le projet de loi qu'il rédigea admettait : 1° le rétablissement de la transcription ; 2° la suppression de l'hypothèque judiciaire ; 3° la fin de l'hypothèque légale avec la fin de l'incapacité.

L'Assemblée se trouvait donc saisie de plusieurs projets entre lesquels elle avait à se prononcer. Pour les hypothèques légales, divers systèmes étaient en présence ; mais, pour la transcription, tout le monde était convaincu qu'il fallait la rétablir. Cependant, la tentative ne devait pas encore aboutir.

La discussion commença en séance publique le 26 juin 1850 (1). Au milieu des discussions les plus vives le projet franchit les deux premières lectures et la troisième commençait le 1er juillet 1851, quand la suite en fut ajournée sur la demande d'un membre de l'Assemblée. Ainsi finit la réforme hypothécaire, on n'en parla plus avant le coup d'état de décembre, qui mit fin aux pouvoirs politiques de l'Assemblée, et emporta le projet de loi.

Malgré cet échec, les besoins du crédit public, toujours croissant, obligèrent à reprendre bientôt la réforme que les événements politiques avaient si brusquement interrompue. La transcription était universellement reconnue et une loi la réglant ne pouvait plus se faire attendre. Les études furent donc reprises à la suite des événements de 1851, mais elles diffèrent des précédentes en ce qu'elles n'embrassent pas la matière tout entière des hypothèques, et se précisent en un point sur lequel l'accord s'était universellement fait dans toutes les enquêtes : l'établissement du principe général de la publicité dans les mutations. Le

(1) *Moniteur* de 1850, p. 2178.

projet fut présenté au Corps législatif le 11 mai 1853. Une commission fut nommée et le rapporteur, M. de Belleyme fit lecture de son rapport le 31 mai 1854. Il y exposait nettement le danger résultant de l'absence de transcription. « Il n'est pas impossible, disait-il, de vendre et de se faire payer plusieurs fois le même immeuble ou d'hypothéquer un immeuble que l'on a vendu. » La discussion s'ouvrit le 13 janvier 1855 et la loi fut votée le 17 janvier par le Corps législatif. Le 14 mars, le Sénat passa au scrutin sur l'ensemble de la loi qui fut promulguée le 23 mars 1855.

CHAPITRE IV

Modifications apportées au Code civil par la loi du 23 mars 1855

La loi du 23 mars 1855 organise la publicité des actes entre vifs et à titre onéreux par le rétablissement de la transcription. Quant aux hypothèques légales, elle fait disparaître les défauts trop choquants que contenait le Code civil : savoir la survie à l'incapacité, de la dispense d'inscription et la faveur dont jouissaient les cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme. Depuis la loi de 1855, le privilège de la clandestinité commence, dure, et s'éteint, comme et avec l'incapacité sur laquelle il repose. Cette grande faveur n'est donc maintenue que tant qu'est maintenue sa raison d'être. La loi de 1855 a donc élargi la publicité des mutations et des hypothèques légales, mais on lui reproche d'être insuffisante. On lui reproche notamment de ne pas exiger la publicité pour les mutations à cause de mort, ce qui empêche de faire connaître la généalogie de la propriété, et de dresser, en quelque sorte, des registres de l'état civil de tous les biens. Les défenseurs de la loi de 1855 répondent à ce reproche que ce serait contraire à la maxime nationale « le mort saisit le vif, » et, en outre, que « la loi sur les successions divise tellement, en France, le patrimoine des familles, qu'à peine les registres pourraient suffire aux inscriptions qui viendraient les encombrer (1). »

(1) Troplong, *Privilèg. et hypothèques*, I, p. 59.

Enfin, l'hypothèque légale occulte même réduite par la loi de 1855 est toujours vivement attaquée.

Si l'on examine donc le résultat obtenu par la loi du 23 mars 1855, on peut dire qu'elle a comblé de graves lacunes du Code civil en matière hypothécaire, mais qu'il reste encore beaucoup à faire, et notamment pour l'hypothèque légale. Il faut reconnaître qu'en présence de la révolution économique provoquée par le développement de la richesse mobilière, l'importance de l'hypothèque légale au point de vue de la protection des incapables a été exagérée, et qu'au cas où une réforme serait entreprise, la clandestinité de l'hypothèque légale courrait les plus grands dangers.

Pour étudier la loi du 23 mars 1855 dans ses rapports avec la publicité des hypothèques, nous examinerons successivement : 1° la transcription dans ses rapports avec la publicité des hypothèques ; 2° la publicité des hypothèques des incapables après la cessation de l'incapacité, et 3° la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme.

SECTION I. — De la transcription dans ses rapports avec la publicité des hypothèques.

Pour comprendre les liens rattachant la transcription à la publicité des hypothèques, il suffit de remarquer qu'elle a été rétablie comme moyen de transfert de la propriété à l'égard des tiers. Les créanciers hypothécaires sont des tiers vis-à-vis du débiteur qui vend et de son acquéreur, il s'ensuit qu'à leur égard l'aliénation n'est consommée et le bien n'est sorti du patrimoine de leur débiteur qu'à partir de la transcription. Si l'on remarque que d'autre part les créanciers hypothécaires peuvent utilement prendre ins-

cription, jusqu'au moment où l'immeuble est sorti du patrimoine de leur débiteur, il s'ensuit que, jusqu'à la transcription du contrat, les inscriptions sont possibles. L'article 6 le déclare expressément. « A partir de la transcription. les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque aux termes des articles 2123, 2127 et 2128 du Code civil ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. »

Nous avons vu quand nous avons étudié la question de savoir jusqu'à quel moment pouvait être prise l'inscription, que le Code civil limitait cette faculté au moment où la vente était parfaite par l'accord des parties. Depuis la loi de 1855 il n'en est plus de même et jusqu'à la transcription du contrat de vente l'inscription est possible.

La loi de 1855 détruit donc absolument en cette matière le système du Code civil, mais en est-il de même de celui créé par les articles 834 et 835 du Code de procédure civile ? Ces articles donnant un délai de grâce pour l'inscription auraient pu n'être pas incompatibles avec l'esprit de la loi de 1855, on aurait pu considérer la transcription comme une sorte de mise en demeure faite aux créanciers d'avoir à prendre inscription de leurs hypothèques. Cette idée fut soutenue lors de l'enquête de 1841, mais l'opinion contraire prévalut en 1851 dans le projet du gouvernement, et fut consacrée par la loi. « Les articles 834 et 835 du Code de procédure sont abrogés. »

La règle est donc absolue depuis la loi du 23 mars 1855, la transcription arrête seule le cours des inscriptions sur le précédent propriétaire, et cela sans délai de grâce.

Pour préciser les changements apportés par la loi de 1855, aux règles du Code civil, nous étudierons successivement : 1° le cas de vente volontaire, 2° le cas d'expropriation forcée, 3° le cas d'expropriation

pour cause d'utilité publique, 4° le cas d'une aliénation non soumise à la nécessité de la transcription.

1° Aliénation volontaire.

Les créanciers pourvus d'une hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale, soumise à la nécessité de l'inscription, peuvent s'inscrire jusqu'à la transcription de l'acte d'aliénation, même postérieurement à la formation du contrat. Mais du jour où la formalité de la transcription a été accomplie, les créanciers non inscrits ne peuvent plus manifester utilement leur droit et perdent à la fois le droit de suite et le droit de préférence.

Quant aux hypothèques légales des incapables, ces principes ne leur sont évidemment pas applicables, tant qu'elles demeurent dispensées d'inscription, sauf le droit de purger, donné à l'acquéreur par les articles 2194 et 2195, Code civil. Au cas de purge, l'incapable qui a opéré son inscription dans le délai de deux mois accordé par la loi, conserve à la fois son droit de suite et son droit de préférence. Si l'inscription n'est pas prise dans ce délai, le droit de suite est certainement perdu. Mais la question de savoir si le droit de préférence disparaissait en même temps fut discutée avant la loi du 21 mai 1858. Depuis cette loi, l'article 772 du Code de Procéd. qu'elle modifie, décide que « les créanciers à hypothèques légales qui n'ont pas fait inscrire leurs hypothèques dans le délai fixé par l'article 2195, Code civ. ne peuvent exercer de droit de préférence sur le prix, qu'autant qu'un ordre est ouvert dans les trois mois qui suivent l'expiration de ce délai et sous les conditions déterminées par la dernière disposition de l'article 717. » D'après l'article 717, s'il s'agit d'un ordre judiciaire, les incapables

doivent y produire dans les quarante jours, à dater de la sommation adressée aux créanciers inscrits (art. 753, 754); s'il s'agit au contraire d'un ordre amiable, ils peuvent utilement y produire jusqu'à la clôture.

II. — Expropriation forcée.

L'article 6 de la loi du 23 mars 1855 s'applique aussi bien aux aliénations forcées qu'aux aliénations volontaires. Les créanciers hypothécaires du saisi peuvent utilement prendre inscription jusqu'au jour de la transcription du jugement d'adjudication; à partir de ce moment, ils ne le peuvent plus, même s'il est procédé à une revente sur folle enchère.

L'inscription prise avant la transcription du jugement d'adjudication conserve au créancier le droit de préférence, mais le droit de suite est éteint, car l'adjudication dûment transcrite a pour effet de purger toutes les hypothèques grevant l'immeuble (art. 717, C. proc. *in fine*). Il est facile de justifier cette différence fondamentale entre l'aliénation volontaire et l'expropriation forcée.

Au premier cas les créanciers n'interviennent pas dans le contrat qui se passe uniquement entre l'acheteur et le vendeur; dans le second, au contraire, la sommation de prendre communication du cahier des charges, prescrite par l'article 692, C. proc. civ., les associe à la poursuite dirigée contre le débiteur. Avertis par la sommation, ils sont à même de surveiller leurs intérêts et de s'efforcer que l'aliénation se fasse aux meilleures conditions possibles. Quand l'aliénation s'est accomplie sans protestation de leur part, c'est qu'ils ont jugé que le gage avait produit tout ce qu'il pouvait produire, et leur droit peut, sans

dommage pour eux, se transporter de l'immeuble sur le prix.

Avant la loi du 21 mai 1858, cette purge n'était pas complète, car elle n'atteignait pas les hypothèques légales dispensées d'inscription. Aujourd'hui l'art. 717 modifié leur applique la règle générale comme nous l'avons vu plus haut.

Aujourd'hui donc, on est revenu à la maxime de notre ancien droit : « Décret forcé nettoie toutes les hypothèques. »

III. — Expropriation pour cause d'utilité publique

Nous n'examinerons pas la controverse relative à la question de savoir si la loi du 23 mars 1855 s'applique à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Nous admettrons simplement la négative, (1) et, dirons que, conformément à l'article 17 de la loi du 3 mai 1841, les créanciers ayant hypothèques sur les biens expropriés peuvent s'inscrire jusqu'à l'expiration de la quinzaine qui suivra la transcription du jugement d'expropriation. L'inscription prise dans ce délai conserve le droit de préférence sur le prix. Les incapables conservent sans inscription leur droit de préférence sur l'immeuble exproprié sans les conditions de temps exigées au cas de vente volontaire ou forcée.

IV• — Aliénations qui échappent à la transcription.

La règle de la transcription n'est pas d'une application générale, et nous avons déjà dit que les mutations

(1) Aubry et Rau, § 272, texte et note 13, et § 209 texte, A n° 2, notes 42 à 45.

par décès en étaient exemptées. Le legs a pour effet de transférer *erga omnes* la propriété de la chose léguée, dès l'ouverture de la succession, et n'est pas soumis à la formalité de la transcription. Il s'en suit que les créanciers hypothécaires d'un testateur ne pourraient plus, dès son décès, s'inscrire utilement sur les immeubles ayant fait l'objet de legs particuliers.

Avant d'en finir avec la matière de la transcription dans ses rapports avec l'inscription des hypothèques, il est indispensable d'examiner quelques difficultés issues de circonstances de fait toutes particulières.

D'abord une question importante qui se posait déjà sous l'empire du Code de pr. civ. (art. 834) et qui est encore discutée sous la loi de 1855. On suppose qu'un immeuble a fait l'objet de deux ou plusieurs aliénations successives, (pour plus de simplicité nous n'en supposerons que deux); le dernier contrat a été seul transcrit : la transcription de ce dernier contrat arrête-t-elle le cours des inscriptions simplement à l'égard des créanciers du dernier vendeur, ou produit-elle en outre le même effet vis-à-vis des créanciers du premier vendeur ?

Sous l'art. 834 C. de proc., il fallait savoir si la transcription du dernier contrat constituait une mise en demeure de s'inscrire dans la quinzaine, aussi bien pour les créanciers des précédents propriétaires, que pour ceux de l'aliénateur immédiat. La loi de 1855 est restée à dessein muette sur ce point, le rapporteur déclarant « que c'était là une question de jurisprudence et de régime hypothécaire ; que la loi actuelle n'avait donc pas pour objet de la résoudre. » Ce silence est certainement regrettable, mais il nous semble que les principes sur la transcription doivent conduire à admettre que l'effet de la transcription du dernier contrat est relatif, et ne constitue pas un obstacle à l'incription à prendre par les créanciers du précédent

propriétaire. En effet la transcription du second acte ne suffit pas à amener la publicité de l'aliénation primitive à l'égard des créanciers du premier vendeur. Cela tient au mode de transcription usité chez nous. Si la transcription se faisait sous la désignation de l'immeuble, si l'acte était transcrit sous le numéro de l'immeuble et dans une case à lui affectée, en un mot si chaque immeuble avait son compte particulier ouvert dans les registres de la conservation des hypothèques, la transcription du dernier contrat suffirait pour avertir les créanciers du précédent propriétaire. Mais le contrat de vente présenté à la transcription est porté dans le répertoire au compte passif du propriétaire vendeur, et c'est le nom de celui-ci que les tiers qui ont besoin de savoir si l'immeuble a été aliéné donnent au conservateur. Le créancier d'un précédent propriétaire, s'informant du sort de l'immeuble hypothéqué à sa dette, n'a d'autre moyen que de demander au conservateur, si aucun acte n'est porté au nom de son débiteur. Comme la vente opérée par celui-ci n'a pas été transcrite, le conservateur donnera une réponse négative, et le créancier ignorant l'aliénation pourra se croire en droit de prendre inscription. L'aliénation étant demeurée clandestine à son égard, puisqu'il ne peut la connaître, elle ne peut lui être opposable. Il faut du reste remarquer que si la transcription du contrat intervenu entre le premier et le second acquéreur arrêtait à elle seule le cours des inscriptions à prendre sur le vendeur originaire, celui-ci aurait un moyen très facile de frauder les tiers auxquels il consentirait une hypothèque postérieurement à cette transcription, et qui ne pourraient savoir que l'immeuble est sorti de son patrimoine (1).

Nous avons vu que la transcription de l'acte d'alié-

(1) Aubry et Rau, § 209, texte C, n° 2, et notes 99 à 103.

nation arrêtait de suite le cours des inscriptions. Il peut se faire qu'un créancier hypothécaire se présente pour prendre son inscription le jour même où l'acquéreur de l'immeuble a fait transcrire son titre : l'inscription sera-t-elle possible? Il a été jugé (1), que le jour de la transcription appartenait tout entier aux créanciers hypothécaires pour manifester leur droit. Une autre décision en sens contraire (2) veut que l'inscription prise le même jour que la transcription soit nulle, s'il est constaté par le registre de dépôt, que la demande en transcription a été déposée avant la demande d'inscription. Cette solution nous paraît difficile à admettre, car elle met la validité ou la nullité de l'inscription à la merci de la négligence ou de la fraude du conservateur.

SECTION II. — De la publicité des hypothèques des incapables après la cassation de l'incapacité.

Dans le système du Code civil, la dispense d'inscription accordée aux incapables survivait à l'incapacité. La femme mariée devenue veuve, le mineur devenu majeur étaient après comme avant, dispensés de prendre inscription pour assurer la conservation de leur hypothèque légale. Le législateur de 1855 a compris qu'il y avait là une faveur exagérée contre laquelle il fallait réagir, et limiter à l'incapacité la faveur que concède la loi.

L'auteur de l'exposé des motifs, M. Suin, est très formel en ce sens. « Cette grande faveur sera main-

(1) Bagnères de Bigorre., 24 fév. 1859 ; Sirey, 60, 2, 487.
(2) Tribunal de Die, 17 juin 1868, D., 69, 3, 91.

tenue tant que sera maintenue sa raison d'être: tant que la femme est dans la dépendance du mari, dont l'intérêt est contraire au sien : tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire, la loi supplée par une protection, peut-être exorbitante, à la résistance du mari ou du tuteur. Mais quand la capacité d'action sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de publicité reprendra tous ses droits et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune. » Cette innovation fut accueillie avec faveur par tout le monde, les uns y voyant le moyen de faire taire les critiques adressées si justement sur ce point au Code civil, les autres considérant la réforme comme un pas fait vers une réforme plus radicale, la suppression de l'hypothèque légale.

Nous allons examiner successivement: 1° qui doit, après la cessation de l'incapacité, rendre publiques les hypothèques légales des incapables; 2° dans quel délai les inscriptions doivent être prises; 3° sous quelle sanction.

I°. — L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 impose en premier lieu l'obligation de faire inscrire son hypothèque à la femme devenue veuve. En effet, la femme affranchie de la puissance maritale a recouvré sa pleine capacité, et rien ne s'oppose à ce qu'elle rende par elle-même son hypothèque publique en l'inscrivant : c'est donc à elle qu'incombe l'obligation de requérir l'inscription. L'art. 8 ne parle que de la femme devenue veuve, et non de la femme séparée de corps et de biens ou seulement de biens. L'obligation d'inscription ne pèse pas sur elle, elle n'est pas assez indépendante aux yeux de la loi, pour se passer de la protection de l'art. 2135.

En second lieu, le mineur devenu majeur, et l'in-

terdit relevé de l'interdiction, ayant acquis ou recouvré leur pleine liberté d'action, sont chargés eux-mêmes de sauvegarder leurs droits. L'art. 8 est trop formel pour que l'on puisse croire qu'il s'applique au mineur émancipé, ou au mineur et à l'interdit dont la tutelle a pris fin par la mort du tuteur : il n'y aurait pas dans ces cas cessation de l'incapacité, puisqu'il faudrait : dans le premier, nommer un curateur, et dans le second, pourvoir au remplacement du tuteur décédé.

Après avoir énuméré la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, l'art. 8 ajoute « leurs héritiers ou ayants-cause. » Le contexte de l'art. 8 pourrait laisser croire que cette obligation n'incombe qu'aux héritiers des incapables décédés en état de capacité. Ce serait une solution tout à fait contraire à la volonté du législateur. L'autorité du mari et du tuteur cesse, faute d'objet, par la mort de la femme ou du pupille, et leurs héritiers n'ont plus droit à la protection que leur accordait la loi.

Si l'on suppose que les héritiers des incapables sont eux-mêmes mineurs ou interdits, il faut néanmoins leur appliquer l'art. 8 et les astreindre à prendre inscription, par eux-mêmes, ou par leurs tuteurs, de l'hypothèque garantissant les droits de leur auteur. Il en serait autrement si le délai accordé par l'art. 8 était un délai de prescription, dans ce cas l'art. 2252 recevrait son application. Ce n'est pas possible, en l'espèce le délai imparti constituant un délai préfix.

Il se présente toutefois une hypothèse où l'application de ce principe ne laisse pas que d'offrir difficulté. Il faut supposer le cas où une femme décédée avant son mari laisse pour héritier ses propres enfants mineurs placés sous la tutelle de leur père. N'est-il pas à

craindre dans ce cas que les enfants ne puissent prendre l'inscription de l'hypothèque de leur mère et que le mari n'omette à dessein l'inscription sur ses propres biens?

Des auteurs (1) émus par la pensée que les enfants pourraient en ressentir un préjudice considérable, veulent que dans ce cas l'inscription de l'hypothèque de la femme ne soit pas requise. Le but de l'article 8, disent ces auteurs, a été de faire cesser la dispense d'inscription des hypothèques légales, dans les cas où cette protection cesse d'être utile ou nécessaire. Ce n'est pas l'hypothèse ici, les enfants héritiers de leur mère étant mineurs ont besoin de la protection de la loi, et on ne peut leur appliquer la règle de l'article 8. N'y a-t-il pas en outre, contradiction à considérer d'une part, ces mineurs comme incapables relativement à l'inscription de leur propre hypothèque légale sur les biens de leur père tuteur, et à les réputer d'ailleurs capables d'inscrire sur ces mêmes biens de leur père tuteur l'hypothèque légale de leur mère ; à leur accorder d'un côté le bénéfice de la clandestinité et à le leur refuser de l'autre? On fait aussi prévaloir les conséquences étranges du système adverse, cette déchéance profitant aux créanciers du mari antérieurs à la dissolution du mariage qui ne pouvaient se prévaloir de la clandestinité de l'hypothèque de la femme.

Malgré ces raisons on décide plus généralement en doctrine et en jurisprudence (2), que l'hypothèque légale de la femme doit être inscrite dans l'année du décès, alors même que les mineurs seraient sous la tutelle légale de leur père, sur les biens duquel l'inscription devait être prise. On remarque que le texte de l'article 8 ne comporte pas de distinctions, et celle que l'on propose est arbitraire et contraire à l'esprit du

(1) Voyez Pont., n° 809.
(2) Aubry et Rau, III, § 269, note 19.

Code, car le mineur ne peut se faire relever des déchéances qu'il encourt à l'égard des tiers par suite de la négligence de son tuteur, quand même ce dernier eut dû accomplir contre lui la formalité dont l'omission a emporté déchéance. Enfin on invoque l'intérêt du crédit immobilier que l'article 8 de la loi de 1855 a voulu sauvegarder, en fixant un terme à la clandestinité des hypothèques légales, et les exigences de l'intérêt général qui doit toujours l'emporter sur l'intérêt particulier.

II° — Après la cessation de l'incapacité, il était nécessaire de concéder aux incapables devenus capables un délai pour prendre inscription de leurs hypothèques légales. Ce délai est fixé par la loi à un an, à compter du jour de la dissolution du mariage, de la cessation de la tutelle ou du jugement de main levée d'interdiction. Ce délai n'étant pas un délai franc se calculera, suivant les principes généraux, sans compter le *dies a quo*. Il ne peut-être augmenté pour aucun motif, par exemple, on ne peut lui appliquer les causes de suspension de la prescription. D'autre part, il ne peut être réduit.

Peu importe que le mari ou le tuteur tombe en faillite, ou qu'il meure et que sa succession soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, les articles 448, C. com. et 2146 du Code civ. ne s'appliquent pas, et l'incapable devenu capable conserve le droit de prendre son inscription. En résumé, tant que l'année n'est pas écoulée, la condition de l'ancien incapable n'est pas changée, elle reste absolument la même que pendant le cours du mariage ou de la tutelle, son hypothèque demeure occulte et entraîne toutes les conséquences de la clandestinité. Ainsi à quelque époque que l'hypothèque soit inscrite pendant le cours du délai, elle conserve le rang et la date établis par l'article 2135 du Code civ., elle frappe les immeubles du mari et du tuteur vendus dans le cours

de l'année, et si l'acquéreur a fait transcrire son titre, l'inscription peut être prise ultérieurement, pourvu que ce soit avant l'expiration du délai.

III° — Si l'on suppose le délai écoulé, l'hypothèque légale inscrite en temps utile conservera le rang que lui avait assigné la loi, et l'inscription produira un effet rétroactif; pour l'avenir, l'hypothèque ainsi conservée sera assimilée aux hypothèques ordinaires, et soumise comme elles au renouvellement décennal.

Mais si dans ce délai d'un an, l'hypothèque légale n'a pas été rendue publique, quelle sera la nature de la déchéance encourue par les incapables? L'art. 8 décide « que leur hypothèque ne date à l'égard des tiers que du jour des inscriptions prises ultérieurement. » Comme on le voit le fond de leur droit hypothécaire subsiste, puisqu'ils ont toujours la faculté de s'inscrire; mais ils perdent le rang si favorable que leur avait donné la loi, pour ne prendre rang qu'à la nouvelle date de l'inscription. Ils seront désormais primés par tous les créanciers qu'ils primaient autrefois. Ils sont de plus soumis à toutes les vicissitudes qu'ont à redouter les créanciers ordinaires non inscrits; la faillite du débiteur, sa mort et l'acceptation de sa succession sous bénéfice d'inventaire, la vente, suivie de transcription de l'immeuble hypothéqué, seront pour eux autant de cas de déchéance absolue. Enfin soit en cas de purge d'hypothèques inscrites, soit en cas de purge d'hypothèques légales non inscrites, aucune notification ne leur sera faite.

SECTION III. — De la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme.

Le Code civil ne faisait pas allusion à la subrogation dans l'hypothèque légale. La pratique appliquait cette qualification à un certain nombre d'opérations différentes : la subrogation proprement dite au profit d'un créancier de la femme, la cession d'antériorité, d'hypothèque au profit d'un tiers acquéreur d'un immeuble du mari. Nous ne nous proposons pas d'étudier le caractère juridique de la subrogation, ou les conséquences de cette opération; notre seul but est de l'examiner au point de vue de la publicité.

Avant la loi du 23 mars 1855, d'après une jurisprudence constante, les renonciations ou subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées n'étaient soumises, pour leur validité, entre les parties ou à l'égard des tiers, à aucune condition particulière de formes. Le subrogé se trouvait saisi du droit hypothécaire *erga omnes*, sans nécessité d'inscription, et pourtant il était vis-à-vis du mari absolument indépendant. La jurisprudence avait à tort considéré comme transmissible cette dispense d'inscription, dont jouissait l'hypothèque légale de la femme, et étendait jusqu'au créancier subrogé, une faveur qui par sa nature aurait dû être personnelle.

La loi de 1855 posant le principe que la dispense d'inscription ne doit pas durer plus longtemps que l'incapacité qui en est la cause, devait pour être logique prescrire la publicité des subrogations, c'est ce que décide l'article 9, « dans le cas où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer, cette cession ou cette renonciation doit être faite par

acte authentique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'égard des tiers, que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. »

Comme nous l'avons dit plus haut, nous nous bornerons à examiner les règles posées par la loi de 1855, relativement à la publicité de la subrogation et nous étudierons : 1° dans quels cas, 2° en quelle forme, 3° sous quelle sanction cette subrogation doit être rendue publique.

I°. — Les termes très généraux de l'art. 9 comprennent toutes les subrogations, sous quelque forme qu'elles se produisent : subrogation proprement dite, cession d'antériorité, cession d'hypothèque, renonciations expresses ou tacites. Toutefois la dernière hypothèsefait difficulté, celle ou la femme renonce en faveur de l'acquéreur d'un immeuble du mari à son hypothèque légale, en tant qu'elle frappe cet immeuble.

La femme s'engageant simplement à ne pas user de son hypothèque, soit par elle même, soit par un tiers, à qui elle la céderait, il n'y a qu'une simple renonciation extinctive ou abdicative et l'hypothèque ne passe pas au tiers acquéreur. Ceci se présente quand la femme concourt à la vente faite par le mari, et qu'il n'y a pas d'hypothèque inférieure à celle de la femme.

D'après une première opinion (1) l'art. 9 ne s'applique pas. En effet on dit qu'il n'est fait que pour les cessionnaires, or, ici il n'y a pas de cessionnaire, puisque l'hypothèque s'éteint. D'ailleurs comment s'opérerait l'inscription ? Au nom du tiers acquéreur ? C'est impossible, puis qu'il n'est pas cessionnaire. Au nom de la femme en mentionnant en marge la renonciation ? Cela ne se peut, l'hypothèque de la femme n'existe plus sur l'immeuble acquis. Du reste, si l'on exigeait l'inscri-

(1) Mourlon, *Traité de la transcription*, n°ˢ 1105, 1106.

ption, l'effet absolu de la renonciation ne se produirait plus, puisqu'il y aurait lieu d'opérer le renouvellement décennal ou de procéder à la purge pour éviter tout danger. On irait donc à l'encontre du but de la renonciation qui est d'éviter les formalités et les frais de la purge. Pour remédier à ces inconvénients, il faut donc dire : « que les renonciations extinctives ont leur effet, même au regard des tiers, dès qu'elles sont parfaites entre les parties qui les ont stipulées et consenties. »

Une opinion moins absolue (1) que celle que nous venons d'exposer ne dispense pas absolument de toute publicité la renonciation extinctive. Elle écarte l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 9, mais veut au moins la transcription de l'acte de vente.

Plus généralement (2), on admet que la renonciation extinctive ou abdicative de la femme à son hypothèque légale, doit être publiée. Le texte de l'article 9 ne permet pas d'accepter la distinction que veulent introduire les partisans du premier système; les termes en sont généraux. « Dans le cas, où les femmes peuvent céder leur hypothèque légale ou y renoncer. » L'esprit de la loi est aussi formel que possible en faveur de cette dernière opinion. Le but de la loi de 1855 a été de rendre publics tous les actes juridiques intervenant sur les droits réels immobiliers, ainsi par exemple, elle exige (art. 2, § 2) la publicité de la renonciation au droit de servitude. Le but de l'article 9 est de manifester aux yeux des tiers tous les actes intervenant sur l'hypothèque légale de la femme, et pouvant leur causer préjudice, on ne peut donc en excepter les renonciations simplement abdicatives. Il serait inexact de prétendre que les tiers n'ont pas intérêt à connaître la renonciation de la femme ; il suffit de citer ceux auxquels la femme céderait par la suite son

(1) Pont., *Priv. et hypoth.*, n° 486.
(2) Aubry et Rau, III, § 288 *bis*, note 18.

hypothèque, en les laissant croire à l'existence de droits dont elle est dépouillée. Il est donc nécessaire pour se conformer à l'esprit de la loi de 1855 d'appliquer à la lettre l'article 9.

Il faut enfin examiner si, comme le prétend le second système, la transcription de l'acte de vente est suffisante pour opérer la publicité. On peut d'abord remarquer qu'il ne sera pas possible d'agir ainsi quand la femme ne figurant pas à l'acte de vente transcrit, n'a renoncé à son hypothèque que postérieurement et par acte séparé. Dans ce cas, la transcription de l'acte de vente ne sera d'aucune utilité pour avertir les tiers de la renonciation, puisqu'il n'en fait pas mention. Si on décide que la transcription ne suffira que lorsque la renonciation figurera dans l'acte de vente, on introduit une distinction arbitraire que le texte n'autorise pas. Du reste, même dans le cas où la renonciation de la femme est mentionnée dans l'acte de vente, la transcription ne suffit pas à assurer la publicité de la renonciation. En effet, cette transcription ne produisant aucun effet relativement aux droits hypothécaires de la femme, les tiers subrogés par la suite dans ces droits ne demanderont pas un état des transcriptions qui ne leur importe pas. Il est donc nécessaire que la renonciation reçoive une publicité particulière.

En énumérant les diverses formes de la subrogation tombant sous le coup de l'article 9 nous avons omis la cession de créances.

Certains auteurs prétendent que dans ce cas c'est l'article 1690 du Code civil qui doit s'appliquer, car l'opération n'est pas une subrogation (1). Il suffirait donc de la rédaction d'un acte sous seing-privé, et de la signification au débiteur cédé pour remplir le vœu de la loi.

(1) Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, nos 393 et suiv.

Cette opinion ne peut être suivie : cette opération est en effet un des divers moyens dont la femme peut user pour subroger les tiers dans son hypothèque légale et par conséquent tombe sous l'application de l'article 9 (1). Au surplus la formule employée importe peu, du moment que la femme déclare céder ses droits et reprises, sa déclaration implique la subrogation à son hypothèque légale. Du reste comme le dit notre savant maître (2) « ce n'est pas la qualification plus ou moins exacte employée par les parties, mais leur volonté, telle que la manifestent les circonstances, qui détermine la nature vraie d'un contrat : *non sermoni res, sed rei sermo subjicitur*. »

II°. Dans quelles formes se réalise la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme? La loi ne donnant aucun détail sur les formes dans lesquelles doit s'opérer la publicité de la subrogation, il faut procéder par analogie.

D'abord pas de difficulté au point de vue des personnes qui peuvent requérir la publicité. Comme la subrogation est une sorte d'hypothèque sur les droits de la femme, toute personne qui peut inscrire une hypothèque appartenant au subrogé, peut requérir la publicité de la subrogation.

Quant au lieu où elle doit être inscrite c'est celui où l'hypothèque l'a été ou doit l'être, en tant qu'elle frappe les immeubles sur lesquels a été consentie la subrogation.

Les conditions de délai sont celles qui s'imposeraient à l'inscription de toute hypothèque sur la femme elle-même.

Les formalités à remplir par le requérant sont celles que prescrit l'article 2148 c'est-à-dire la représentation

(1) Aubry et Rau, III, § 288 *bis*, note 20; Pont., n° 795.
(2) M. Beudant, *Revue critique*, XXVIII, 1866; *Des sous-ordres*, n° 46.

du titre de subrogation et de deux bordereaux. Toutefois en pratique si l'hypothèque légale de la femme est déjà inscrite, et si la subrogation doit être rendue publique par une mention faite en marge de l'inscription, le conservateur se contente de la présentation du titre constatant la subrogation et en extrait les énonciations nécessaires ; sa responsabilité se trouve dès lors aggravée (1).

Les mesures préparatoires remplies, en quelle forme se réalise la publicité de la subrogation ? L'art. 9, § 1, *in fine*, prévoit deux cas : 1° l'hypothèque légale de la femme n'est pas inscrite ; le subrogé doit la faire inscrire à son profit ; 2° l'hypothèque de la femme est inscrite avant la subrogation ; le subrogé fera mentionner la subrogation en marge de l'inscription préexistante.

1° Lorsqu'il s'agit, pour le subrogé, de faire inscrire l'hypothèque légale de la femme, qui ne l'a pas encore été, les énonciations que doit renfermer l'inscription sont celles prescrites par l'article 2148 et que nous avons étudiées en détail. Quant à la question de savoir s'il ne faut pas combiner avec elles les formalités prescrites par l'article 2153, puisque l'inscription fait connaitre l'hypothèque de la femme en même temps qu'elle rend publique la subrogation, M. Mourlon distingue deux hypothèses (2). Si le subrogé a reçu mandat de requérir l'inscription dans l'intérêt de la subrogéante comme dans le sien, il faut appliquer cumulativement les articles 2153 et 2148. Si, au contraire, le subrogé inscrit l'hypothèque légale de la femme dans son intérêt exclusif et en son nom propre, on ne peut exiger qu'il se préoccupe des détails nombreux qui, aux termes de l'article 2153, doivent com-

(1) Mourlon, *De la Transcription*, II, n° 1087.
(2) Mourlon, *De la Transcription*, II, n° 1054 et suiv.

poser l'inscription de l'hypothèque légale de la femme et qu'il ne connaitra souvent pas.

2° Lorsque l'hypothèque légale de la femme est inscrite, la subrogation est rendue publique par une mention en marge de l'inscription. Les énonciations de cette mention doivent être toutes celles qui figureraient dans une inscription d'hypothèque, et que requiert l'art. 2148.

Ces règles sont assez simples, mais la situation se complique dans l'hypothèse suivante, assez fréquente dans la pratique. Souvent la femme subroge à son hypothèque légale, un créancier du mari, auquel ce dernier accorde en même temps de son chef une hypothèque conventionnelle. De quelle manière le créancier doit-il rendre publique cette double sûreté? A-t-il le droit, à son choix, de mentionner la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle concédée par le mari, ou de la publier séparément par le moyen de la mention ou de l'inscription dont parle l'article 9? Doit-il, au contraire, toujours publier séparément la subrogation par le moyen des formalités prescrites par cet article?

Un premier système pense que la mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle est suffisante. Cette opinion invoque la pratique suivie avant la loi de 1855, et d'après laquelle une seule inscription suffisait dans cette hypothèse. Renoncer à cette pratique serait compromettre des intérêts considérables. A cette considération pratique, on joint les arguments juridiques suivants : Cette inscription d'hypothèque conventionnelle mentionnant la subrogation est l'équivalent de deux inscriptions ; c'est une inscription collective contenant tous les renseignements utiles aux tiers, et que la loi ne proscrit pas,

D'autre part, la loi de 1855 étant muette sur les ques-

tions de forme, il faut se reporter aux précédents. Le rapporteur a dans son exposé des motifs, déclaré que l'on voulait sur ce point maintenir les dispositions adoptées en 1851, or en 1851, cette manière de procédure avait été expressément autorisée. Enfin on assure par là, aussi complètement que possible, la publicité qui est le but de la loi de 1855, puisqu'une seule formalité fait connaître aux tiers, tout à la fois l'hypothèque conventionnelle concédée par le mari, l'hypothèque légale de la femme et la subrogation qui a eu lieu (1).

D'après les partisans du second système, la mention de la subrogation dans l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ne peut suffire. La subrogation doit être rendue publique séparément au moyen de l'inscription ou de la mention en marge prescrite par l'article 9. En effet, le texte est précis, il n'offre que deux moyens pour réaliser la publicité, et le subrogé doit s'y conformer. L'article 2148 semblant prévoir textuellement l'hypothèse d'un titre constitutif unique, paraît interdire l'inscription cumulative d'hypothèques, nées de titres différents et de nature diverse. Le créancier jouit de deux hypothèques, il doit les publier toutes deux. Du reste, ajoutent les partisans de ce système, il satisfait mieux que le premier au besoin de publicité, car une mention de la subrogation en marge de l'inscription d'hypothèque légale, ou une inscription prise pour publier la subrogation, frappera bien plus l'attention des tiers qu'une mention perdue dans une inscription ayant un tout autre objectif (2).

III°. — Les subrogés à l'hypothèque légale de la femme qui ont rendu la subrogation publique, conformément aux prescriptions de l'article 9, jouissent de toutes les prérogatives des créanciers inscrits. Ainsi,

(1) Pont., *Privil. et hypoth.*, n°• 780 et suiv.
(2) Mourlon, *De la Transcription*, II, n°• 1023 et suiv.

l'inscription ou la mention réalise définitivement la subrogation à l'égard des tiers, pour lesquels la publicité est nécessaire. Ces tiers sont les ayants-cause à titre particulier de la femme: acquéreurs ou donataires de ses reprises, créanciers, autres subrogés.

L'inscription ou la mention fixe le rang des subrogés successifs. Enfin, l'effet de la subrogation est conservé pendant dix ans. Bien entendu, si elle est publiée par une mention, la durée de celle-ci est liée à celle de l'inscription qu'elle modifie, et quand l'inscription est périmée, la mention l'est en même temps.

Nous avons ainsi terminé l'examen des réformes apportées par la loi du 23 mars 1855 au régime de la publicité des hypothèques, tel que l'organisait le Code civil. En exigeant la publicité des transmissions de propriété entre vifs, la loi de 1855 a fait un grand pas vers l'établissement d'une publicité efficace. En faisant cesser la clandestinité des hypothèques légales avec les faits qui pouvaient la motiver et la justifier, en exigeant la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme, la loi nouvelle a mis fin aux abus les plus criants de la législation antérieure.

Est-ce à dire que l'œuvre est complète et irréprochable ? on peut en douter. Il est des points que la loi de 1855 a laissé dans l'ombre. La clandestinité des hypothèques légales des incapables subsiste encore durant l'incapacité et la base même de la publicité, l'organisation des registres hypothécaires, n'a pas fait l'objet des préoccupations des législateurs de 1855.

L'hypothèque légale occulte est surtout l'objet des critiques les plus vives. Son existence elle-même est attaquée par d'excellents esprits et défendue avec autant de talent que de conviction. Nous avons fait con-

naître plus haut l'exposé de la question et nous n'y reviendrons pas.

La question de l'organisation des registres hypothécaires passionne moins les esprits, et pourtant elle nous semble de la dernière importance. Une organisation irréprochable des sources où le public puisera les renseignements est indispensable au fonctionnement d'un bon régime hypothécaire. Tant que ce problème ne sera pas résolu, toutes les tentatives faites en vue de raffermir le crédit réel seront inutiles. Faciliter le crédit hypothécaire en donnant au propriétaire les moyens les plus commodes pour se procurer de l'argent à bon marché et en assurant aux prêteurs les plus solides garanties, telle est la préoccupation des économistes. Avant tout, il faut songer à donner aux systèmes que l'on bâtit une base solide et on ne peut la trouver que dans une bonne organisation des registres hypothécaires.

La législation de l'Allemagne et en particulier celle de la Prusse étant assez dissemblables de la notre au point de vue du régime hypothécaire, notre intention est d'y étudier la publicité des hypothèques.

DEUXIÈME PARTIE

LÉGISLATION PRUSSIENNE

La propriété foncière eut de toute antiquité en Allemagne une importance plus considérable qu'à Rome. Les Germains se sentirent étroitement liés à la rude nature au milieu de laquelle ils vivaient et la *Mutter-Erde* fut leur déesse la plus vénérée. Adonnés à la chasse et à la guerre, ils dédaignaient le commerce et l'industrie, plaçant en temps de paix la source de leur fortune dans l'agriculture et l'élevage du bétail. Le mépris pour la fortune mobilière, *der fahrende habe*, fit de la richesse et de la propriété, deux conceptions dépendantes l'une de l'autre. Le courage des guerriers se récompensait par le don de terres, et les chefs établissaient leurs fidèles sur le sol conquis. Sûr de la puissance que lui donnait la possession, le Germain libre était solidement établi sur son *Eigen* (1). Quant aux non libres, ils cultivaient la terre de leur maître, attachés à la glèbe qui ne leur appartenait pas. L'homme libre seul étant capable d'avoir une propriété, on en arriva peu à peu à lier étroitement l'indépendance et le droit politique avec la possession de la terre.

La propriété du sol constituant le plus important

(1) De là : *Eigenthum*, propriété.

des droits privés, est essentiellement du domaine du droit public, et les tribus, *Gaugenossen*, veillent avec soin sur les destinées de la propriété. La commune qui ne voulait pas demeurer dans l'incertitude sur la situation politique de ses membres devait nécessairement traduire devant son *forum* tout changement dans la propriété. Aussi nous rencontrons de toute antiquité chez les Germains cette règle que la propriété sur les terres ne se transmet que par des actes publics.

A l'origine, le propriétaire déclare devant la tribu assemblée son intention d'abandonner la propriété, et l'acquéreur accepte en personne cette déclaration, une tradition symbolique complète la solennité. L'ensemble de ces formalités se nomme *investiture*, *vestitura*. La mise en possession est considérée comme accomplie par cet acte, et le nouveau propriétaire acquiert le droit de défense sur la propriété, *gewere*, sans considérer s'il a pris ou non possession.

Ces formes que nous venons de décrire ne tardent pas à se modifier, et les actes du XIII° siècle indiquent ce changement, en même temps que les circonstance qui l'ont amené.

L'Allemagne s'était ouverte au commerce et un nouvel esprit la pénétrait. L'activité privée ne pouvait plus se contenter de l'acquisition des choses indispensables à la vie, le commerce, et l'industrie amenèrent une réaction en faveur de la *fahrende habe* et ouvrirent au travail des horizons jusqu'alors inconnus. Les rapports de droit des citoyens entre eux s'étendirent sous l'influence du commerce, l'intérêt de la commune se trouva diminué et son intervention directe se restreignit. Il fut dès lors nécessaire de transférer à des fonctionnaires publics les attributions dévolues autrefois à la commune toute entière. Avec l'introduction des juridictions spéciales qui n'étaient à l'origine

que les représentants des communes, la vieille institution de l'investiture perdit son importance pratique et le mot *investiture* ne fut plus usité que dans le droit féodal.

Désormais celui qui voulait vendre son *Eigen* ou son *Erbe* ne comparaissait plus devant la commune, mais devant le tribunal. Là le propriétaire actuel abandonnait, *auflassen*, sa propriété, l'acquéreur l'acceptait et le juge dressait un acte par écrit. *L'Auflassung* s'accomplissant ainsi dans le tribunal se dépouille du caractère de publicité de fait. Toutefois on n'en alla pas partout jusque-là. La conviction de la nécessité du caractère public des rapports de la propriété fit créer dans les villes un procédé destiné à remplacer la notoriété dont jouissaient autrefois les transmissions de propriété. Dans différentes villes, il était d'usage de tenir des registres publics, destinés à constater la possession des citoyens, on se servit de ces registres pour réaliser la publicité de fait qui faisait défaut à *l'Auflassung* opérée dans le tribunal. On inscrivit, *eintragen*, l'*Auflassung* et l'aliénation des propriétés dans le livre de l'impôt de la ville, *Stadtsteuerbuch*, ou dans le livre de l'impôt sur les héritages, *Erbesteuerbuch*.

Déjà au XIII[e] siècle, dans quelques villes Hanséatiques, on exigea l'inscription, *Eintragung*, sur les registres publics, des mutations de propriété, en ce sens qu'on ne considérait comme propriétaire que celui qui était désigné sur les registres. Le caractère de l'*Auflassung* changea dès lors entièrement. D'après l'ancien droit, l'acte solennel ne manifestait pas seulement l'accord de volonté des contractants sur l'aliénation et l'acquisition de la propriété, mais opérait immédiatement transmission de la propriété à l'acquéreur. Dans le droit nouveau, l'*Auflassung* n'a plus d'autre but que la manifestation de la volonté d'aliéner

et d'acquérir, la propriété elle-même n'est transférée que par l'*Eintragung* dans les registres publics au nom de l'acquéreur (1).

Des villes Hanséatiques, cette institution ne tarda pas à s'étendre aux diverses contrées de l'Allemagne, modifiée il est vrai selon les circonstances auxquelles on l'adaptait, mais présentant toujours ce caractère que l'aliénation de la propriété doit s'accomplir et se prouver par des documents publics.

Les principes qui régissaient les mutations de la propriété furent appliqués à son grèvement et notamment à la constitution et au transfert du droit de gage.

Dans l'ancien droit germanique, le besoin de crédit ne se faisait que peu sentir pour la propriété, aussi ce n'est que plus tard que se développa la théorie des sûretés réelles.

La forme la plus ancienne de constitution du droit de gage sur les terres fut la *Satzung*, procédé analogue au *pignus* ou plutôt à l'*antichrèse*. A côté de la *Satzung* se développa dans les villes une institution particulière, la *rente perpétuelle*, *Rentenkauf*. Le propriétaire ayant d'après le droit germanique le droit de vendre une partie seulement de sa propriété, transférait à l'acheteur la rente du bien. Cette aliénation constituait au profit de l'acquéreur un droit de propriété spécial sur la chose à côté du droit du propriétaire.

L'ancienne *Satzung* se modifia par la suite, en ce sens que le constituant resta en possession du bien et que le créancier acquit un pur droit de gage. La *Satzung* ne pouvait comme la rente perpétuelle s'acquérir que par l'abandon, *Auflassung*. La transformation que subit l'*Auflassung* de la propriété s'appliqua

(1) Statuts de la ville d'Hambourg an 1270, st. 1, § 6, « *Schal id darmede scriven laten in der Stadt-erve-bock.* » — Statuts de Brême, an 1433, ad. 53.

aussi au développement de la théorie du gage. A côté des livres d'héritages, *Erbebücher*, on créa aussi des livres de rente, *Rentenbücher*. Les droits de rente et de *Satzung* consignés dans ces livres avaient la préférence sur les droits constitués *privatim*.

D'après les statuts de certaines villes, l'*Eintragung* devint même la condition indispensable de l'acquisition des droits réels (1). L'état réel des immeubles était ainsi rendu public. Quiconque voulait acquérir un immeuble ou prêter sur lui, pouvait prendre connaissance du droit du propriétaire sur cet immeuble et de la valeur des hypothèques qui pouvaient le grever. La base du livre hypothécaire était ainsi posée en même temps que les principes de publicité et de spécialité étaient reconnus.

Tandis qu'un crédit réel assis sur des bases solides s'établissait ainsi dans les villes de l'Allemagne, un mouvement de réaction s'opérait en faveur de la restauration du droit romain. La lutte de l'élément national contre les principes étrangers fut vive. Commencée au XIII[e] siècle, elle se termina, deux siècles plus tard, par le triomphe du droit romain. La loi de procédure, *Reichs-Kammer-Gerichts-Ordnung*, de l'an 1495, considère le droit romain comme le droit commun de l'Empire et oblige les juges à s'en inspirer dans leurs arrêts.

Les institutions du pur droit allemand, l'*Auflassung* judiciaire, et les livres publics, *Erbebücher*, *Rentenbücher*, ne disparurent pas complètement pour cela, elles se maintinrent comme droit particulier dans les villes Hanséatiques (2).

Dans la plus grande partie de l'Empire, les rapports de la propriété et du crédit réel reçurent une grave

(1) *Hamburg, Goslar. Braunschweig*, etc.
(2) Les livres publics sont tenus sans interruption jusqu'à nos jours, à Hambourg, depuis 1248, et à Lubeck, depuis 1309.

atteinte de l'adoption de la théorie de la tradition et des hypothèques légales et tacites du droit romain. Ce ne fut qu'au XVIIIe siècle que l'on comprit les avantages qu'offrait au point de vue du crédit le droit germanique, et les lois prussiennes les premières revinrent aux anciennes coutumes. Il est vrai que ces lois n'admirent pas la théorie de l'*Auflassung*, mais elles prescrivirent l'*Eintragung* du propriétaire et lièrent, en écartant les droits de gage généraux et tacites, la validité de l'hypothèque à l'inscription dans l'*Hypothekenbuch*.

C'est à Hambourg et dans le Mecklembourg que l'ancien droit germanique se conserva le plus pur. On distingua toujours soigneusement le droit réel des rapports contractuels des parties. Les conséquences de cette distinction furent les suivantes :

1° Le juge n'a pas a examiner le *negotium juris* qui sert de base à l'*Auflassung*, la validité de celle-ci n'est pas subordonnée à celle du *negotium*.

2° L'hypothèque est indépendante de l'obligation personnelle, elle a sa base dans l'*Eintragung* obtenue avec le consentement du propriétaire.

3° Le livre foncier, *Grùndbuch*, et le livre hypothécaire, *Hypothekenbuch*, ont force probante, *offentlichen Glauben*.

Les hypothèques tacites et générales sont interdites et le rang se fixe par l'ordre des inscriptions.

En Prusse, au XVIIe siècle, le droit Romain dominant entravait le développement du crédit réel. Les plaintes répétées sur l'incertitude du droit de propriété et sur le manque de crédit réel amenèrent les pouvoirs publics à porter, par des dispositions spéciales, un remède à l'état de choses existant.

Un édit du 26 septembre 1693, applicable aux villes de résidence, Berlin, Cologne, etc... ordonna l'établissement du *livre d'héritage et de dépôt*, *Erb-und Lager-*

buch, et soumit à l'inscription sur ces livres la validité des titres de propriété et des hypothèques.

Frédéric Ier voulut étendre à tout son royaume le bénéfice de cette disposition et un édit du 20 septembre 1704 ordonna l'établissement dans toute la Prusse de, *Erb-und Lagerbücher*. Le côté fiscal de cet édit fut cause de son échec et un édit du 22 novembre 1704 révoqua celui du 20 septembre.

Une nouvelle loi sur l'hypothèque et la faillite, *Hypotheken-und Konkurs-Ordnung*, fut rendue par Frédéric Guillaume Ier, le 4 février 1722.

Le 4 août 1750 intervint une nouvelle loi sur la propriété et les hypothèques, *Allgemeine Land-und Hypotheken-Ordnung*, applicable à la province de Silésie mais dont une circulaire du 25 septembre 1750 recommandait l'application aux autres provinces.

Enfin une réforme radicale fut apportée pour le royaume tout entier par la loi du 20 décembre 1783, *Allgemeine Hypotheken-Ordnung*, qui a pour objectif principal le système hypothécaire. L'introduction de la loi indiquait que son but était : la fixation des droits de propriété et du crédit des possesseurs d'immeubles, la sûreté et la garantie des prêteurs, pour les prêts faits sur les immeubles. Pour atteindre ce but, l'*Hypotheken-Ordnung* renferme des prescriptions sur l'établissement du livre hypothécaire, elle indique les droits réels et les charges qui doivent y être inscrits, elle édicte les règles de l'inscription et de la radiation et enfin trace aux juridictions les règles à suivre dans les questions hypothécaires.

Toutes les propriétés doivent être inscrites dans le livre ; à chaque propriété est assignée une feuille séparée sur laquelle sont portées toutes les hypothèques et les charges réelles. Tous les changements dans l'état réel du fonds doivent y être soigneusement indiqués après que le juge a examiné l'existence et la

validité des actes présentés pour l'inscription. Tout possesseur inscrit à ce titre sur le livre doit être considéré comme le vrai propriétaire (1).

L'*Allgemeine-Hypotheken-Ordnung* proclamait donc les principes suivants :

1° Principe de la publicité réalisée par l'inscription, *Eintragung*.

2° Principe de la spécialité, c'est-à-dire, détermination du gage et de la créance, et exclusion de l'hypothèque générale.

3° Principe de la légalité consistant dans la constatation par le juge de l'existence du droit à l'inscription.

L'*Hypotheken-Ordnung* réalisait par l'application de ces principes le but qu'elle s'était proposé : à savoir la consolidation de la propriété et du crédit réel.

Le Code général prussien, *Allgemeines-Landrecht fur die preussischen Staaten*, publié le 1er juin 1794, vint édicter pour l'acquisition de la propriété des règles qui rendirent « la publicité inférieure à celle qu'assurent aujourd'hui nos lois françaises (2) ».

Tandis que l'*Hypotheken-Ordnung* proclamait le principe de l'inscription, comme condition de l'acquisition de la propriété et des droits réels (3), les auteurs de l'*Allgemeines-Landrecht* se ralliaient au principe de la tradition du droit romain. En même temps qu'ils exigeaient la tradition pour l'acquisition de la propriété, ils voulaient fortifier cette propriété naturelle acquise par la tradition à l'aide de l'inscription, et pour cela ils prescrivaient l'inscription sans en faire la condition de l'acquisition de la propriété. Il s'en suivit que la jurisprudence décida que la propriété

(1) *Hypotheken-Ordnung*, I, §§ 6, 8, 41; II, §§ 11, 92, 109.

(2) Voir le savant article publié par M. Gide sur les lois hypothécaires prussiennes, dans l'*Annuaire de législation étrangère*, année 1873, p. 208 et suiv.

(3) *Hypotheken-Ordnung*, II, §§ 55, 92.

s'acquerrait désormais non par l'inscription, mais par la tradition. Sous l'empire de l'*Allgemeines-Landrecht* il fut donc possible d'admettre l'existence simultanée de deux propriétés sur la même chose. Le propriétaire inscrit au livre avait la propriété civile et par conséquent le droit de faire toutes les opérations qui n'étaient pas liées à la possession ; le propriétaire non inscrit, mais en possession, avait la propriété naturelle et jouissait exclusivement du droit de transférer la propriété, puisque la tradition était la condition essentielle de l'aliénation.

Il arriva fréquemment qu'une personne qui depuis longtemps n'était plus propriétaire demeura désignée comme telle dans l'*Hypothekenbuch*. Cette situation amena ce résultat fâcheux, que sur la seule foi de l'*Hypothekenbuch*, il ne fut plus possible d'acheter du propriétaire inscrit sans s'exposer à trouver après coup un propriétaire en possession. D'autre part, le propriétaire inscrit étant considéré comme vrai propriétaire à l'égard des créanciers hypothécaires, il pouvait arriver que le propriétaire en possession, mais non inscrit, se trouvait sans protection en face d'hypothèques consenties à son insu par le propriétaire inscrit dans l'*Hypothekenbuch*.

D'autre part l'*Allgemeines-Landrecht* fit une fausse application de la théorie de la *justa causa* dans la tradition. D'après le droit romain, la tradition opérait le transfert de la propriété, lorsque le vendeur et l'acquéreur étaient d'accord sur ce point. Peu importait la validité du *negotium juris* qui servait de base à la tradition, la volonté spéciale et réciproque d'aliéner et d'acquérir constituait uniquement la *justa causa*. Cette conception ne fut pas admise par les auteurs de l'*Allgemeines-Landrecht*, ils placèrent la *justa causa* dans la validité du *negotium juris* distinct de la tra

dition, ce *negotium* constituant le titre, et la tradition n'étant elle-même qu'un mode d'acquisition (1).

Enfin un dernier reproche que l'on peut adresser à l'*Allgemeines-Landrecht* est d'avoir accordé à la mauvaise foi une influence trop grande sur l'acquisition de la propriété. Il est certain que le droit repose sur des bases morales, qu'il doit autant que possible décourager le dol et la fraude, mais l'*Allgemeines-Landrecht* a été trop loin dans cette voie. Il décide que la connaissance par l'acquéreur de droits existants sur la chose suffit pour le faire considérer de mauvaise foi. D'après le droit commun l'acheteur n'a de droit qu'à l'encontre du vendeur, par conséquent si celui-ci vend la chose à un tiers et la lui transfère, il n'existe aucun lien de droit entre ce tiers et l'acquéreur primitif, l'*Allgemeines-Landrecht* décide que dans le cas où le second acquéreur connaissait le titre du premier, il doit être considéré comme de mauvaise foi, par le fait même de cette connaissance.

La conséquence en est que celui qui achète un bien, ou qui se fait constituer un droit réel du propriétaire inscrit à l'*Hypothekenbuch* ou du propriétaire en possession, se trouve évincé, si au moment de l'inscription ou de la prise de possession, il savait que son auteur avait déjà vendu à un tiers la propriété, ou consenti à ce tiers un droit réel sur la chose. Ainsi donc, un propriétaire, malgré son inscription à l'*Hypothekenbuch* peut être évincé par un propriétaire non inscrit et même par celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit de créance (2). L'erreur de cette conception consiste en ce qu'il est inexact de dire que la seule connaissance par l'acquéreur de l'existence d'un droit

(1) *Allgemeines-Landrecht*, liv. I, tit. 2, §§ 131, 132; tit. 9, §§ 1 à 6; tit. 10, §§ 1 et 2.

(2) *Allgemeines-Landrecht*, liv. I, tit. 10. §§ 18 à 20 et 23 à 25. — Liv. I, tit 19, §§ 4 à 6; — Voyez Gide, *loc. cit.* p. 209.

antérieur est équivalente à la *mala fides*. Cette doctrine du *Landrecht* est inconciliable avec le principe de la foi publique attribuée à l'*Hypothekenbuch*.

On voit, par ce rapide exposé, que l'*Allgemeines Landrecht* diminua considérablement, par l'incertitude qu'il fit peser sur la propriété, la publicité des droits réels si bien organisée par l'*Hypotheken Ordnung* de 1783.

Diverses modifications de détail furent introduites dans la législation hypothécaire prussienne de 1794 à 1840.

La première tentative de réforme radicale du régime hypothécaire fut faite par la *Kabinetsordre* du 12 juillet 1841, qui prescrivit des délibérations législatives sur les moyens de rendre les documents hypothécaires plus simples et plus faciles à consulter (1). Les travaux qui n'avancèrent que très lentement furent couronnés par la loi du 24 mai 1853, apportant quelques changements à *l'Hypotheken ordnung* de 1783. Cette loi simplifia la procédure en général, et la formation des titres d'hypothèque, elle limita les inscriptions d'office, mais n'entreprit aucune modification dans les dispositions fondamentales du droit existant.

Cette réforme insuffisante ne calma pas les plaintes des propriétaires et dans la séance du 23 avril 1857, la Chambre des seigneurs pria le gouvernement de présenter un projet de loi portant réforme du régime hypothécaire. Ce vœu fut d'abord mal accueilli par le gouvernement, et le ministre de la justice Simons combattit dans un mémoire du 12 avril 1858 les propositions de réforme de la Chambre des seigneurs. Cette opposition du gouvernement ne convainquit pas les représentants du peuple, et la Chambre des députés vota le 14 mars 1860 une résolution analogue à celle

(1) Hartmann, *das preussische immobiliar Sachenrecht*, p. 8.



de la Chambre des seigneurs. Dans les sessions suivantes un projet de loi destiné à remplacer l'*Hypotheken Ordnung* de 1783 fut déposé par plusieurs députés mais ne pût être voté (1).

Sous cette pression, le Gouvernement finit par se décider à entrer dans la voie des réformes, et la *Kabinets-Ordre* du 25 février 1863 ordonna l'élaboration d'un projet de loi sur la réforme hypothécaire. Publié en 1864 par le ministère de la justice, ce projet soumis aux Cours et Facultés du royaume souleva tant de critiques, qu'il ne fut pas présenté au Parlement.

En 1867, le gouvernement déposa un projet de loi tendant à introduire les *Grund- und Hypotheken-Bücher* dans la nouvelle Poméranie et à Riga, ce projet reposait sur les principes dont l'indroduction dans le droit commun était généralement demandée. Les deux Chambres admirent avec peu de modifications ce projet qui fut converti en loi le 21 mars 1868.

La rapidité et la facilité avec lesquelles ce projet parcourut les phases législatives prouve que le terrain était prêt pour de plus vastes réformes. Aussi l'année 1868 n'était pas terminée que le gouvernement avait déjà élaboré trois projets de loi : 1° un projet de règlement des ventes par autorité de justice, *Subhastations Ordnung*, 2° un projet de loi sur l'acquisition de la propriété et les charges réelles des immeubles, des mines et des droits indépendants, *Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und Selbstændigen Gerechtigkeiten*, 3° un projet de loi sur les hypothèques, *Hypotheken Ordnung*.

(1) Voir le rapport de la VIII° commission de la chambre des seigneurs du 24 janvier 1872, p. 2 et 3.; voir Werner, *die preussischen Grundbuch- und Hypotheken-Gesetze, vom* 5 mai 1872, *nebst Materialen*, liv. 2. p. 36 et 37.

Le projet sur la *Subhastations Ordnung* fut le premier discuté et acquit force de loi le 1 mai 1869.

Le second projet fut porté devant la Chambre des députés, le 30 novembre 1868 par le ministre de la justice, Leonhardt qui prononça en même temps un important discours sur la nécessité de la réforme (1). La Chambre des députés renvoya le projet à une commission au sein de laquelle M. Forster fit un exposé des principes généraux sur lesquels reposait le projet (2).

L'esprit de la réforme est indiqué dans les motifs du projet de loi (3), on voulut : 1° écarter la duplicité des droits sur la propriété consacrée par l'*Allgemeines Landrecht*, 2° augmenter l'importance de l'inscription pour l'acquisition de la propriété, établir le crédit immobilier sur une base sûre en déterminant d'une façon certaine par l'inscription, le droit de propriété; 3° détacher l'hypothèque de la dette personnelle qu'elle est destinée à garantir. On espérait à l'aide de cette dernière réforme : *a*) soustraire l'hypothèque à toutes les exceptions opposables à la créance, et rendre ainsi sa realisation plus certaine, *b*) obtenir une simplification du titre hypothécaire et faciliter son transfert ; *c*) donner au propriétaire la possibilité d'établir des hypothèques sur sa propre chose en son propre nom et de les transmettre ensuite à ses créanciers; *d*) restreindre le principe de légalité à l'examen des conditions essentielles pour l'inscription ou la radiation, en déchargeant les juges du soin de s'inquiéter de l'existence même du *negotium juris* qui doit donner naissance à l'inscription.

(1) Voir ce discours dans l'ouvrage « *Die preussischen Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht.* » Berlin. 1869, p. 157.
(2) Voir l'ouvrage ci-dessus cité. p. 164.
(3) Voir Forster, « *Preussische Grundbuchrecht,* » p. 63.

Pour arriver à la réalisation de ces améliorations le projet abandonna la théorie de la tradition telle que l'avait entendue l'*Allgemeines Landrecht,* et sa conception bizarre de l'influence de la mauvaise foi dans le domaine des droits immobiliers. La naissance du droit sur l'immeuble fut liée intimement à l'inscription sur l'*Hypothekenbuch*. Il fut inutile de fournir la preuve du titre comme l'exigeait le *Landrecht*. La déclaration de volonté de l'inscrit fut suffisante pour motiver le droit d'un tiers à l'inscription.

La publicité de l'*Hypothekenbuch* se trouva ainsi réalisée et lé principe de légalité limité à l'indispensable.

Tels sont les traits principaux du projet de loi sur l'acquisition de la propriété.

Quant au projet de loi sur les hypothèques, les divergences avec la législation existante sont les suivantes : 1° Les livres de la terre et de l'impôt des maisons, *Grund-und-Gebeaudsteuer-Bücher* devaient former désormais la base de l'*Hypothekenbuch* et cette disposition réalisait plus efficacement le principe de la spécialité de l'objet. 2° L'examen des questions hypothécaires était enlevé aux tribunaux pour être confié à un juge unique. 3° La forme des cessions, des mises en gage des hypothèques, des cessions de priorité était simplifiée. 4° La forme des titres hypothécaires était modifiée pour les rendre plus facilement cessibles (1).

A la fin de la session du *Landtag* les projets du gouvernement furent publiés. Le but de cette publication fut de provoquer les avis et les critiques des jurisconsultes et des hommes de pratique. Le résultat de ces critiques fut une révision des projets et une rédaction nouvelle qui fut soumise à la Chambre des députés dans la session de 1869-1870. Adoptée par celle-ci elle

(1) Voir *Die preussischen Gesetzentwürfe über Grundeigenthum und Hypothekenrecht,* p. 130 et 131.

allait être soumise à la Chambre des seigneurs quand éclata la guerre avec la France. Les travaux furent interrompus pendant un an.

La commission de la Chambre des seigneurs recommença en 1871 l'étude des projets auxquels elle apporta d'importantes modifications. Elle réclama la reconnaissance dans la loi de l'hypothèque accessoire du *Landrecht* à côté de l'hypothèque indépendante, *Grundschuld*, du projet de 1868. Elle adopta la substitution de la théorie de l'inscription à celle de la tradition pour l'acquisition de la propriété, mais elle se refusa à écarter l'influence de la mauvaise foi dans le domaine du droit immobilier. En outre elle revint aux prescriptions du *Landrecht*, en exigeant de fournir la preuve du titre qui servait de base à l'*Auflassung*. Les projets amendés furent renvoyés à la Chambre des députés et soumis à une nouvelle commission, qui accepta l'introduction dans la loi de l'hypothèque accessoire, mais repoussa les modifications proposées par la Chambre des seigneurs au sujet de la théorie de la mauvaise foi et de la preuve du titre servant de base à l'*Auflassung*. La Chambre des députés accepta les résolutions de sa commission et la Chambre des seigneurs pour ne pas prendre la responsabilité de l'échec de la loi, renonça aux changements qu'elle désirait et adopta les 19 et 20 mars 1872 les projets tels qu'ils étaient sortis des délibérations de l'autre Chambre.

Le 5 mai 1872 furent promulguées les quatre lois formant le nouveau code hypothécaire prussien.

1° La loi sur l'acquisition de la propriété immobilière et sur les droits réels immobiliers.

2° La loi sur les livres fonciers.

3° La loi concernant la division des immeubles.

4° La loi concernant les droits de mutation dus pour les actes sujets à l'inscription.

Avant d'entrer dans l'étude de la publicité des hypothèques qui est le but de notre travail, il nous semble indispensable de donner un rapide aperçu de l'ensemble de la législation prussienne sur l'acquisition de la propriété et des hypothèques.

La propriété s'acquiert, au cas d'une aliénation volontaire, par une inscription au livre foncier, *Grundbuch*, opérée à la suite d'un acte d'investiture, *Auflassung*. L'*Auflassung* consiste dans une double déclaration faite devant le juge du *Grundbuch*, *Grundbuchrichter*; d'une part, le propriétaire inscrit consent à l'inscription du nouvel acquéreur, d'aure part ce dernier déclare qu'il veut être inscrit. L'investiture et l'inscription sont donc deux opérations connexes, elles se complètent réciproquement, et sont l'une et l'autre indispensables pour le transfert de la propriété. Si le propriétaire inscrit refuse de consentir à l'inscription de l'acquéreur, celui-ci devra obtenir un jugement contre le propriétaire, et ce jugement tiendra lieu d'investiture. Si une personne se trouve créancière d'un immeuble, et veut conserver son droit, comme elle ne peut le faire inscrire, elle aura le droit de demander l'insertion au livre foncier d'une *prénotation*, *Vormerkung*, qui rendra son droit de créance opposable aux tiers.

On le voit, ces principes sur l'acquisition de la propriété sont bien différents de ceux de notre droit civil. Chez nous, la propriété est transférée par le seul consentement des parties contractantes (art. 1138, Cod. civ.). La transcription prescrite par la loi de 1855 a pour but de consolider la propriété déjà acquise, non de la faire acquérir. En outre, tandis que la transcription indique seulement aux tiers qu'à telle époque, tel individu s'est rendu acquéreur de tel immeuble, et ne l'a pas aliéné depuis, l'*Eintragung* dans le *Grundbuch* donne aux tiers de bonne foi la certitude

du droit de propriété de l'acquereur inscrit, cela en vertu du principe de la foi publique due au *Grundbuch*.

Un effet aussi important ne peut être attaché à l'inscription que si le transfert de la propriété est entouré de formes solennelles; aussi voyons-nous que l'*Auflassung* doit s'accomplir en présence du *Grundbuchrichter*, qui est un véritable juge; différence capitale avec notre législation, qui permet l'aliénation sans aucune formalité, et comme on dit vulgairement « sous le manteau de la cheminée. »

Il n'est pas besoin de faire ressortir les avantages que le système prussien présente au point de vue de la certitude sur la propriété. Le principe de la foi publique due au registre met les tiers de bonne foi à l'abri de toutes surprises ; du moment qu'ils ont traité avec le propriétaire inscrit, ils n'ont rien à craindre, aucune annulation de l'inscription ne pouvant leur faire perdre les droits acquis de bonne foi. Si l'on ajoute à cet avantage celui qu'offre la tenue du *Grundbuch*, présentant le tableau complet de l'état juridique des fonds, on peut affirmer que la propriété est plus solidement assise en Prusse que chez nous.

En ce qui concerne les hypothèques, le projet de 1868 n'en admettait qu'un type unique. : l'hypothèque indépendante *Grundschuld*. C'est sur les représentations de la Commission de la Chambre des seigneurs que l'hypothèque accessoire du *Landrecht* fut admise à côté de la *Grundschuld*. Aujourd'hui donc ces deux types coexistent dans la législation prussienne.

L'hypothêque ordinaire est, suivant la conception du droit romain, un droit accessoire destiné à la garantie d'une obligation principale, et par conséquent soumise à la condition de validité de cette dernière.

La *Grundschuld*, au contraire, est une charge indépendante, séparée du motif de la dette et qui n'a

d'autre fondement que l'inscription au *Grundbuch*. Dans le cas d'une *Grundschuld*, le propriétaire n'est pas personnellement obligé, c'est l'immeuble seul qui répond de la dette.

La coexistence de ces deux institutions a détruit l'unité de la législation hypothécaire et amené dans le règlement de leurs effets, des contradictions dues à l'influence des deux théories l'une sur l'autre. Pour ne citer qu'un exemple : si l'on suppose qu'il a été créé un certain nombre d'hypothèques sur un bien et si la dette garantie par la plus ancienne hypothèque est remboursée, cette hypothèque doit, d'après les principes de l'hypothèque accessoire disparaître avec la créance qu'elle garantit. Telle n'est pas la solution de la loi prussienne (art. 63 de la loi sur l'acquisition de la propriété), l'hypothèque subsiste et ne disparaîtra que par la radiation. Le propriétaire qui a désintéressé le créancier a en effet le choix entre deux partis, il peut : ou le payer purement et simplement et demander la radiation de l'hypothèque qui profitera aux autres créanciers ; ou lors du remboursement, exiger du créancier la cession de son titre qu'il lui sera loisible de céder ensuite à un autre créancier. On le voit, les principes de l'hypothèque indépendante réagissent ici sur l'hypothèque accessoire et comme le fait justement remarquer M. Gide (1), « de la combinaison de ces principes contradictoires, il résulte que nous avons ici une sorte de droit mixte, dette foncière quant au fonds, hypothèque quant à la forme et aux conditions de transfert. »

Ces deux types d'hypothèques s'établissent par un mode unique : l'inscription au livre foncier. L'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière du droit prussien est une toute autre institution que l'inscrip-

(1) M. Gide, *loco citato*, p. 234. note 2.

tion de l'hypothèque du droit français. Chez nous, l'inscription n'est pas la condition préliminaire de la naissance de l'hypothèque, elle conserve seulement aux hypothèques soumises à la nécessité de l'inscription leur rang de priorité vis-à-vis des autres créanciers du débiteur et le droit de poursuite contre les tiers. D'après notre droit les hypothèques deviennent efficaces à l'égard du débiteur et de ses héritiers non par l'inscription mais par la convention. C'est pourquoi nous avions au début de notre étude de la publicité en droit francais, soigneusement distingué l'inscription de la constitution elle-même de l'hypothèque. Cette distinction n'est pas à faire en droit prussien. L'hypothèque n'y existe que par l'inscription et ce n'est pas seulement son effet à l'égard des tiers qui dépend de l'inscription, mais la création du rapport de droit entre les parties elles-mêmes. L'inscription joue donc en droit prussien un rôle plus important qu'en droit français, puisqu'elle donne naissance à l'hypothèque elle-même.

Nous diviserons cette étude de la publicité des hypothèques dans la législation prussienne en trois chapitres consacrés à l'examen : 1° des formalités préliminaires de l'inscription ; 2° de la réalisation de l'inscription ; 3° des effets de l'inscription.

CHAPITRE PREMIER

Des formalités préliminaires de l'inscription

L'article 18 de la loi sur l'acquisition de la propriété et des droits réels, dispose que : « l'hypothèque et la dette foncière s'établissent par une inscription au livre foncier. »

Du moment donc qu'une hypothèque ou une dette foncière est inscrite sur le *Grundbuch* elle est acquise au créancier. Il faut toutefois combiner avec cette règle les dispositions édictées par la loi au sujet de la bonne foi, et desquelles il résulte que : si un créancier obtient une inscription d'hypothèque ou de dette foncière contre un individu inscrit au *Grundbuch* comme propriétaire, mais qu'il sait n'avoir pas cette qualité, il n'acquiert pas par l'inscription un droit d'hypothèque ou de dette foncière contre le vrai propriétaire. En effet celui-là n'est pas de bonne foi qui se fait consentir une hypothèque ou une dette foncière par son débiteur qu'il sait inscrit sans droit au *Grundbuch* (1).

Toutes les hypothèques sont en droit prussien soumises à cette nécessité de l'inscription, même les hypothèques légales. Les incapables jouissent seulement d'un titre légal qui leur confère le droit d'inscrire une hypothèque. Les hypothèques qui doivent être inscrites

(1) C'est l'application des dispositions de l'*Allgemeines Landrecht*, I, tit. 10, § 10; et tit. 20, § 410, qui ne sont pas abrogées.

sur le fondement d'un titre légal sont soumises aux conditions exigées pour la naissance d'une hypothèque ordinaire. L'inscription des hypothèques légales a lieu seulement à la suite d'une demande et leur rang se fixe par la date de l'inscription.

L'article 30 de la loi sur les livres fonciers « sauf les cas déterminés par la loi, il ne sera procédé aux inscriptions que sur la demande des parties » pose la règle générale applicable à toutes les inscriptions tant de propriété que de droits réels.

En vertu de cette règle le *Grundbuchrichter* ne peut agir *proprio motu* mais seulement sur la demande d'une partie intéressée à l'inscription. Toute inscription présuppose donc une demande, et cette demande ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de celui dont la propriété est grevée, ou qui se dépouille d'un droit ; c'est l'application du principe du consentement, *Consensprincip*, adopté par le législateur de 1872.

SECTION Ire. — Qui peut faire la demande d'inscription

I.— Le propriétaire inscrit peut demander au *Grundbuchrichter* l'inscription sur son bien d'une hypothèque qu'il a consentie à son créancier ; il peut aussi faire inscrire des dettes foncières, *Grundschulden*, sur sa propriété, non-seulement au nom d'un tiers, mais en son nom propre (art. 27 de la loi sur l'acquisition de la propriété). Quand le propriétaire fait ainsi lui-même la demande d'inscription, cette demande renferme l'autorisation, comme le dit Johow « la demande est

dans ce cas l'expression la plus énergique de l'autorisation »

II.— Le créancier, muni de l'autorisation du propriétaire inscrit ou requérant en même temps l'inscription, peut faire la demande d'inscription.

En droit français, le créancier qui requiert l'inscription d'une hypothèque, a seulement besoin de présenter au conservateur des hypothèques l'original ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque (art. 2148 code civ.), il n'a pas besoin de justifier de l'autorisation du propriétaire de l'immeuble. Cette autorisation ne se comprendrait du reste pas, puisqu'au moment de l'inscription le rôle du propriétaire est entièrement terminé et qu'il n'a ni à autoriser, ni à interdire l'inscription de l'hypothèque qu'il a antérieurement consentie.

D'après la loi prussienne, au contraire, le consentement du propriétaire inscrit dans le *Grundbuch* est indispensable pour l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière. Ce principe s'applique même dans les cas où le débiteur est obligé de subir l'inscription sur l'immeuble qui lui appartient, ainsi, la présentation d'un titre d'hypothèque légale (1) n'affranchit pas le créancier de la nécessité de prouver l'autorisation du propriétaire. Cette exigence se comprend bien, si l'on se rappelle ce que nous avons dit plus haut, à savoir que c'est l'inscription elle-même qui donne naissance à l'hypothèque et à la dette foncière.

Si le propriétaire refuse de donner amiablement l'autorisation, le créancier n'a d'autre ressource que de faire inscrire une prénotation, *Vormerkung* pour conserver son rang dans le *Grundbuch* et d'intenter contre le propriétaire une action en justice pour obte-

(1) Voir *Allgemeines-Laudrecht*, I, tit. 11, § 972, tit. 12, § 290, etc.

nir contre lui un jugement le condamnant à l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière.

L'autorisation d'inscription peut être donnée par le propriétaire, soit oralement devant le *Grundbuchrichter* soit par acte notarié.

Lorsque l'immeuble appartient par indivis à plusieurs copropriétaires, l'inscription qui doit frapper l'immeuble entier doit être autorisée par tous les copropriétaires, le créancier n'acquiert par l'inscription aucun droit contre ceux d'entre eux qui ont refusé l'autorisation.

Pour que l'hypothèque ou la dette foncière soit valablement constituée, l'inscription doit être autorisée par le propriétaire *inscrit*, la loi ajoute : « *ou qui requiert en même temps son inscription.* « Ces mots furent insérés dans la loi par la commission de la Chambre des seigneurs. Elle fit remarquer que, si l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière ne peut être prise dans le *Grundbuch* qu'après l'inscription du propriétaire, il n'y a pas de raison pour interdire à un propriétaire d'autoriser valablement l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière sur un immeuble dont il a hérité, ou qu'il a acheté, avant même son inscription au *Grundbuch,* pourvu qu'il la requière en même temps qu'il donne l'autorisation d'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière. C'est ainsi que l'autorisation d'inscrire une hypothèque ou une dette foncière pour garantie d'un prix de vente non payé peut être donnée valablement par un acheteur, au moment même de *l'Auflassung*, pourvu que le *Grundbuchrichter* au moment où il prend inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière inscrive en même temps dans le *Grundbuch* le constituant de la charge réelle comme propriétaire du bien.

Quand la loi fait dépendre de l'autorisation du

propriétaire la validité de l'inscription, elle applique à la constitution de l'hypothèque ou de la dette foncière, le principe du consentement qui domine la théorie de l'acquisition de la propriété. De ce principe il résulte : d'une part, que l'autorisation du propriétaire à l'inscription est nécessaire, c'est à dire qu'elle ne peut-être remplacée que par un jugement, ou la réquisition d'une autorité compétente ; d'autre part qu'elle est suffisante, c'est-à-dire qu'il est inutile de mentionner sa cause. Il est toutefois fait exception pour l'hypothèque : le propriétaire qui autorise l'inscription de l'hypothèque doit indiquer en même temps la *causa debiti* (art. 19, § 1) et le titre de créance doit être présenté au Conservateur.

En permettant au créancier muni de l'autorisation du propriétaire, de demander l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière, nous avons suivi l'opinion la plus généralement admise par les jurisconsultes prussiens. Cette solution est vivement combattue par des auteurs considérables, en tête des quels nous trouvons Bahlmann (1) et Forster (2).

Pour ces auteurs, le créancier muni de son titre et de l'autorisation du propriétaire inscrit, n'est pas en droit de demander l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière, c'est le propriétaire lui-même qui doit demander l'inscription devant le *Grundbuchrichter* (3) Bahlmann tire argument du projet

(1) Bahlmann, *Grundbuchrecht*, p. 93.
(2) Forster, *Preussische Privatrecht*, § 198.
(3) La traduction donnée par M. Gide, *loc. cit.*, p. 222, de l'article 19, § 1 de la loi sur l'acquisition de la propriété, qui est le siège de cette discussion, pourrait faire croire que M. Gide a pris parti sur cette question en faveur de l'opinion de Bahlmann. En effet, voici sa traduction : art. 19, l'inscription s'opère : 1° sur *la demande* du propriétaire déjà inscrit ou requérant en même temps son inscription. Cette *demande* peut être faite, etc. — Il nous semble plus exact de traduire le mot « *bewilligt* » du texte par « *autoriser* » d'autant plus que lors du projet de 1869 on pro-

de 1864, et de la loi de 1868 pour la nouvelle Poméranie, ainsi que des lois de Hambourg, Lubeck et Mecklembourg. A Hambourg en effet (loi du 4 décembre 1868, § 4), l'inscription de l'hypothèque ne peut avoir lieu que si elle est *demandée* par le propriétaire lui-même devant le *Buchbehorde*. Lors de la rédaction du projet d'où sortit la loi sur l'acquisition de la propriété, on emprunta cette disposition du droit de Hambourg et on décida que l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière serait subordonnée à la *demande* du propriétaire. C'est en conformité de cette idée que le § 122 de la loi sur les livres fonciers, ordonne la délivrance d'un bon hypothécaire au propriétaire qui *aura requis* l'inscription, et que la loi du timbre du 5 mai 1872, § 8, désigne comme frappée du timbre, non pas *l'autorisation* mais *la demande* d'inscription du propriétaire. Ces textes sont invoqués par Bahlmann en faveur de son opinion ainsi que les §§ 92 et 100 de la loi sur les livres fonciers, aux termes desquels la radiation des inscriptions portées aux deuxième et troisième sections du livre foncier ne pourra avoir lieu que sur *la demande* du propriétaire inscrit. Enfin Bahlmann prétend que cette exigence d'une intervention personnelle du propriétaire se justifie par la nécessité de lui donner une sécurité complète, que ce but ne peut être atteint qu'en obligeant le propriétaire à déclarer sa volonté, relativement à l'inscription devant le *Grundbuchrichter*.

La majorité des auteurs et parmi eux Koch, Achilles, Werner, Dernburg, repoussent l'opinion de

posait le mot « *beantragt* » qui signifie littéralement « *demander* » et que dans la rédaction définitive « *beantragt* » est remplacé par « *bewilligit*. » Nous proposerions donc la traduction suivante : art. 19, l'inscription s'opère : 1° avec *l'autorisation* du propriétaire déja inscrit ou requérant en même temps son inscription. Cette *autorisation* peut être donnée, etc.

Bahlmann et décident que le créancier muni de son titre et de l'autorisation du propriétaire peut demander l'inscription de l'hypothèque ou la dette foncière. Le principal argument est tiré du texte même de l'article 19, § 1 et des modifications qu'il a reçues au cours de la discussion de la loi. Le projet de 1869 contenait le mot, *beantragt*, *demande*, et par conséquent décidait expressément que l'inscription devait avoir lieu sur la *demande* du propriétaire. Lors de la deuxième rédaction on remplaça le mot, *beantragt*, par, *bewilligt*, *autorise*, il n'est donc pas douteux que le législateur prussien a par ce changement rejeté le formalisme du droit de Hambourg, auquel le projet s'était rallié. On peut du reste invoquer l'analogie du procédé édicté pour l'inscription d'un droit réel immobilier (art 13 de la loi sur l'acquisition de la propriété. Dans ce cas il suffit de la demande du concessionnaire *autorisé* par le propriétaire. En outre dans le § 2 de l'art. 19 on voit que la demande peut-être faite par le *créancier muni d'un jugement* qui condamne le propriétaire inscrit à permettre l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière, or ce jugement tient lieu de *l'autorisation* du propriétaire. Il est vrai que l'on rencontre dans la loi sur les livres fonciers, art. 92, 100, 122 et dans la loi du timbre article 8 des dispositions supposant la nécessité de la *demande* du propriétaire. Ces divergences peuvent s'expliquer par un oubli du législateur qui a négligé de mettre ces textes en harmonie avec l'art. 19 (1). Quant à l'argument que Bahlmann tire de ce fait que l'intérêt du propriétaire exige de sa part une manifestation formelle de volonté, les auteurs du système que nous exposons l'écartent, en disant que son autorisation de prendre l'inscription suffit. En effet dans l'autorisation d'inscrire émanée du propriétaire

(1) Koch. *Allgemeines-Landrecht*, t. II, p. 735.

se trouve contenue implicitement une procuration pour prendre l'inscription, et l'attention du propriétaire est suffisamment éveillée par ce fait qu'il donne expressément à son créancier l'*autorisation* de prendre inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière.

Nous avons examiné le cas où le créancier demande l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière muni de l'autorisation du propriétaire inscrit. Si le propriétaire refuse de donner cette autorisation, le créancier le poursuivra judiciairement, et l'art. 19, § 2, nous dit que « le créancier muni d'un jugement définitif qui condamne le propriétaire inscrit à établir l'hypothèque ou la dette foncière peut demander son inscription. » Ce cas ne présente pas de difficulté, la décision judiciaire tient ici lieu de la volonté du propriétaire.

Si c'est un propriétaire non inscrit qui est condamné à l'établissement d'une hypothèque ou d'une dette foncière, il peut être contraint à l'inscription : 1° sur la réquisition d'une autorité compétente ; 2° sur la demande de toute personne ayant sur l'immeuble un droit réel et voulant le faire inscrire (art. 55 et 56 de la loi sur les livres fonciers.)

Le propriétaire inscrit ou le créancier qui acquiert une hypothèque ou une dette foncière peuvent faire présenter la demande d'inscription par un tiers. Mais tandis qu'en droit français aucune forme n'est exigée pour ce mandat, qui peut être écrit ou verbal, d'après l'art. 37 de la loi sur les livres fonciers : « toute personne formant une demande d'inscription au nom d'autrui devra être munie d'une procuration authentique ou dûment certifiée. » Une seule exception existe en faveur des notaires, qui aux termes de l'art. 36 de la même loi, « n'ont besoin d'aucun mandat spécial pour former une demande d'inscription au nom de la partie intéressée. »

III. — La demande peut être faite par une autorité compétente (art. 19, § 3, de la loi sur l'acquisition de la propriété). Ces autorités compétentes sont celles à qui la loi a attribué le devoir de faire inscrire dans le *Grundbuch* des droits à l'encontre des propriétaires. Ainsi l'hypothèque judiciaire destinée à assurer l'exécution des jugements est inscrite sur la réquisition du juge, *Prozetsrichter*. D'après l'art. 22 de l'ordonnance *sur l'exécution des jugements en matière civile* du 4 mars 1834, le créancier a le droit de demander au juge l'inscription dans l'*Hypothekenbuch*, et c'est le juge qui fera la réquisition d'inscription devant le bureau d'hypothèque, en fournissant une expédition du jugement et en y joignant le titre du créancier, s'il en existe un.

Enfin le *Grundbuchrichter* ne pourrait *proprio motu* prendre inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière, sauf dans les cas prévus par les articles 64, 66, 67, 69, 97, 112 et 118 de la loi sur les livres fonciers.

Section II. — Formes de la demande d'inscription.

§ I. — Que doit contenir la demande d'inscription

Art. 23, de la loi sur l'acquisition de la propriété. Toute demande d'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière doit contenir :

1° Le nom du créancier : la loi indique par cette exigence qu'elle repousse la création de titre hypothécaire, *Hypothekenbrief*, et de lettres de dettes foncières, *Grundschuldbrief*, au porteur. Toutefois il faut remarquer que l'art. 55 de la loi sur l'acquisition de la pro-

priété, permettant la cession en blanc du bon foncier, lui donne une facilité de circulation comparable à celle du titre au porteur. La loi française exige aussi la désignation du créancier dans les bordereaux prescrits par l'art. 2148.

2° La désignation de l'immeuble: cette énonciation exigée aussi par l'art. 2148, 5° du Code civil, est destinée à assurer la spécialité de l'immeuble hypothéqué. Il faut que l'immeuble soit suffisamment désigné pour être facilement reconnaissable. On admet comme suffisante la désignation du bien d'après les indications du *Grundbuch* et le numéro de la feuille sur laquelle il est porté au livre foncier. Il n'est pas nécessaire de présenter la description des immeubles d'après le cadastre.

Nous avons vu que l'hypothèque ou la dette foncière consentie par un propriétaire par indivis d'un immeuble ne peut grever que la part indivise appartenant au grevant dans l'immeuble, et qu'elle ne peut être opposable aux autres copropriétaires que s'ils ont autorisé l'inscription. Le débiteur inscrit au *Grundbuch* comme propriétaire de la totalité d'un immeuble, ne peut grever que tout l'immeuble à la fois, il ne peut consentir une hypothèque sur une part divise. En effet, l'immeuble inscrit au *Grundbuch* forme une unité juridique qui ne peut être partagée légalement que par l'inscription de ces parts divises sur une feuille distincte du *Grundbuch*. Par conséquent, si un propriétaire ne veut grever qu'une part déterminée de son immeuble, l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière sur cette part n'est possible, que si au préalable la partie que veut engager le propriétaire a été détachée de l'immeuble principal et inscrite sur une feuille distincte du *Grundbuch*. (1). L'avantage pratique de cette disposition est de conserver à la feuille du

(1) Dernburg. *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, tom. I. p. 406, note 7.

Grundbuch sa simplicité indispensable pour procurer une vue d'ensemble de l'état des fonds.

3° L'estimation du montant de la créance en monnaie légale : cette disposition qui fait aussi l'objet du § 4 de l'article 2148 du Code civil, est de la dernière importance, les tiers étant intéressés à connaître dans quelle mesure la valeur de l'immeuble engagé est diminuée. Cette estimation doit être faite en monnaie légale, pour offrir d'un seul coup d'œil et sans evaluation, la valeur que les charges laissent à l'immeuble. Si le montant de la créance est encore indéterminé au moment de l'inscription, l'inscription doit être prise pour la plus forte somme que l'immeuble doit garantir (art. 24 de la loi sur l'acquisition de la propriété).

4° L'indication du taux des intérêts et de l'époque où ils commencent à courir, ou la mention que la créance ne porte pas d'intérêts. Cette indication est nécessaire pour permettre la spécialisation complète de la créance garantie par l'inscription.

5° La date de l'échéance ou les conditions du remboursement : cette exigence ne se rencontrait pas dans la loi du 24 mai 1853, elle résulte aussi de l'application rigoureuse du principe de la spécialité.

§ II. — A quelle époque doit être faite la demande d'inscription

Cette question se scinde en deux autres : *à partir de quelle époque* et *jusqu'à quelle époque peut se prendre l'inscription.* Nous l'avons longuement étudiée à propos de l'inscription de l'hypothèque dans notre législation et cette étude était nécessaire pour exposer la théorie d'ensemble de la publicité en droit Français. D'après

la théorie de notre droit, l'inscription étant complètement distincte de la naissance de l'hypothèque qui doit la précéder, il était nécessaire de fixer exactement l'époque où une hypothèque existente peut utilement être inscrite. En droit prussien, au contraire. l'inscription étant la condition même de l'existence de l'hypothèque, se demander à quel moment l'inscription peut être prise, c'est se poser la question de savoir à partir de quel moment et jusqu'à quelle époque peut être constituée une hypothèque. Cette étude sort des limites de notre sujet et exige une connaissance approfondie de la législation prussienne, connaissance que nous avouons ne pas posséder.

§ III. — Où et comment se fait la demande d'inscription

En France toute personne qui demande l'inscription d'une hypothèque doit s'adresser à la conservation des hypothèques de l'arrondissement où sont situés les biens, et sur le vu des pièces exigées par la loi, le conservateur des hypothèques doit procéder à l'inscription, sans avoir à examiner les actes qui lui sont présentés. Notre conservateur des hypothèques n'est en effet qu'un fonctionnaire de l'ordre administratif et non pas un juge. En Prusse, le devoir du conservateur des hypothèques, *Grundbuchrichter,* est tout autre, et cela tient à son caractère de fonctionnaire de l'ordre judiciaire.

Avant la loi de 1872 la tenue des registres hypothécaires était confiée à un collège de juges constituant une chambre du tribunal. C'est devant ce collège de juges que devaient être présentées les demandes d'inscription des hypothèques. Le devoir de ces collèges était d'examiner la validité du *negotium juris* qui servait de cause à l'hypothèque et de refuser l'inscription si ce *negotium* était entaché d'un vice

quelconque. C'était l'application complète du principe de légalité.

La *Grundbuch-Ordnung* de 1872 se refusa à admettre ce principe dans toute son étendue, et il n'y eut dès lors plus de raison pour confier la tenue des registres hypothécaires à un collège de juges. Pour arriver à un maniement plus simple et plus rapide des affaires, une seule personne fut chargée de la conservation des livres fonciers, le *Grundbuchrichter*. Choisi parmi les juges du siège sur la proposition du président de la Cour d'appel, le *Grundbuchrichter* conserve le caractère de juge. Son devoir n'est plus d'examiner, comme le faisait autrefois le collège de juges, la validité du *negotium juris* qui sert de base à l'hypothèque, il n'a plus à prononcer sur ce point un véritable jugement, mais il conserve le droit de refuser l'inscription si les conditions que la loi exige pour la validité de l'inscription elle-même ne sont pas accomplies.

C'est donc devant le *Grundbuchrichter* établi dans chaque chef-lieu de ressort judiciaire que doit être présentée la demande d'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière (art. 20 de la loi sur les livres fonciers).

La demande d'inscription peut-être faite oralement ou par écrit (art. 31). Les demandes orales doivent être reçues par le *Grundbuchrichter* lui-même (art. 32) il ne peut se faire remplacer dans ce cas par son greffier, *Buchführer*. Quant aux demandes écrites qui peuvent être reçues indifféremment par le *Grundbuchrichter* ou par son greffier, elles doivent être faites en la forme authentique et dûment certifiées. Le *Grundbuchrichter* saisi d'une demande d'inscription conforme aux régles posées par l'article 23 de la loi sur l'acquisition de la propriété, que nous avons étudié plus haut, n'est pas obligé de déférer immédiatement

à la volonté du requérant et de prendre l'inscription, comme le fait le conservateur des hypothèques français. Il doit se convaincre d'abord de la capacité d'agir et de disposer des personnes qui se présentent devant lui, de leur identité (art. 46). A cet effet, il doit examiner : si la demande est basée sur une autorisation émanant de celui qui a seul qualité pour la donner, à supposer que la demande ne provienne pas du propriétaire; si le droit dont on demande l'inscription est à même d'être inscrit; si la précision nécessaire et le sérieux de la volonté résultent de la demande et de l'autorisation; si celui qui fait la demande, ou qui a donné l'autorisation était compétent pour le faire, et s'il a la capacité personnelle d'agir. Mais il ne peut se baser sur les vices du titre qui a servi de fondement au consentement à l'inscription pour refuser l'inscription (art. 46, 2 :). Si à la suite de cet examen, il juge que toutes les conditions exigées par la loi ne lui paraissent pas remplies, il a le droit de refuser l'inscription, sauf recours contre ses décisions devant la Cour d'appel qui jugera souverainement (art. 24 de la loi sur les livres fonciers).

Telles sont les limites dans lesquelles la *Grundbuch Ordnung* de 1872 a restreint le principe de légalité, que la législation antérieure acceptait avec toutes ses conséquences.

Toutefois il faut signaler une difficulté qui se rencontre à propos de l'inscription d'une hypothèque proprement dite. D'après l'art. 19 de la loi sur l'acquisition de la propriété, l'inscription d'une hypothèque proprement dite ne peut avoir lieu que si l'autorisation d'inscrire contient l'indication de la créance en sûreté de laquelle l'hypothèque est garantie, (c'est-à-dire le motif de la dette), et si le titre de créance est présenté au *Grundbuchrichter*. Il semble bien résulter de ce texte que l'indication de la *causa debendi* est dans le

cas d'une hypothèque proprement dite, une condition de l'autorisation d'inscription, et qu'on devra considérer le *Grundbuchrichter* comme obligé de rechercher si le motif de la dette indiqué par l'autorisation est conforme au titre de créance qui doit lui être présenté. La solution contraire est toutefois soutenue par certains auteurs.

L'examen des divers points imposés par la loi au *Grundbuchrichter* peut être cause qu'un intervalle peut se produire entre le dépôt de la demande d'inscription et l'inscription elle-même. Pour éviter que le créancier ne soit lésé par ces retards, la loi décide que quelle que soit l'époque ultérieure à laquelle se réalise l'inscription, elle rétroagira au moment du dépôt de la demande. Cette règle s'applique aux demandes conformes aux exigences de la loi, c'est-à-dire en état d'être inscrites de suite. Si le conservateur repousse la demande d'inscription pour un vice quelconque, et si d'autres demandes d'inscription se présentent, ces dernières obtiennent la priorité sur les premières. Le seul moyen offert à l'intéressé, s'il ne lui est pas possible de faire de suite la justification de la régularité de sa demande d'inscription, est de demander l'insertion d'une *prénotation* dans le *Grundbuch*, pour conserver son rang.

SECTION III. — De la prénotation.

Nous avons déjà parlé plusieurs fois, au cours de ce travail, de la *prénotation, Vormerkung*; il nous semble indispensable, pour être complet, de dire quelques mots de cette institution qui complète le système de l'inscription tel que le pose la loi prussienne. Le système de

prénotations est inconnu dans notre droit français ; il est en Prusse la conséquence forcée du principe de la foi absolue due au registre foncier. En effet, la *prénotation* est la formalité indispensable pour la conservation vis-à-vis des tiers de tout droit éventuel et de tout droit prétendu sur un immeuble. Elle rend publics les droits non définitivement acquis et ceux qui ne sont point reconnus, c'est « la publicité des espérances et des prétentions combinée avec la publicité du droit de propriété et des hypothèques. »

Aux termes de l'article 22 de la loi sur l'acquisition de la propriété, tout créancier qui prétend à une hypothèque ou à une dette foncière sur un immeuble, sans pouvoir obtenir immédiatement l'inscription de son droit, peut, avec l'autorisation du tribunal, faire insérer au livre foncier une *prénotation* sur l'immeuble de son débiteur. De même, tout fonctionnaire légalement autorisé à requérir l'inscription contre le propriétaire peut requérir contre lui l'insertion d'une *prénotation*.

La demande d'insertion au livre foncier d'une *prénotation* destinée à assurer le rang d'une hypothèque peut se présenter dans deux cas : 1° Le requérant de la *prénotation* prétend que le propriétaire inscrit est tenu de lui constituer une hypothèque ou une dette foncière ; par exemple, il a un titre d'hypothèque, mais le débiteur conteste ce titre. Dans ce cas, la *prénotation* sert à la conservation d'un droit déjà existant ; 2° Le requérant de la *prénotation* prétend qu'il a contre le propriétaire inscrit une créance déjà échue, il n'a pas, dès à présent, de titre d'hypothèque, mais il veut se réserver la possibilité de prendre inscription d'une hypothèque, dès que son débiteur sera condamné au paiement. C'est pour assurer ce droit éventuel à l'inscription après le jugement qu'il demande l'insertion d'une *prénotation*, c'était déjà la solution donnée par l'art. 52 de la loi du 24 mai 1853.



Les *prénotations* pour la conservation d'une hypothèque ou d'une dette foncière sont insérées au *Grundbuch* sur la demande du créancier. Le consentement du débiteur n'est pas exigé, mais le requérant doit être muni de l'autorisation du tribunal (art. 22). Cette autorisation n'est donnée par le tribunal que si « le droit éventuel que cette *prénotation* doit réserver paraît appuyé de preuves ou de présomptions suffisantes. » (art. 70 de la loi sur l'acquisition de la propriété).

« L'inscription définitive qui suivra et remplacera la *prénotation* aura lieu sur la réquisition du juge ou avec le consentement de celui contre qui la *prénotation* était dirigée » (art. 89 de la loi sur les livres fonciers). Le rang de cette inscription définitive pourra être différemment fixé selon que l'on se trouve dans le premier ou dans le second cas que nous indiquions plus haut :

1° Si la *prénotation* a été inscrite sur le fondement d'un titre d'hypothèque ou de dette foncière, existant aux mains du créancier, mais contesté par le débiteur, l'inscription définitive rétroagit quant à sa date au jour de la *prénotation*. De là il suit que si la faillite du débiteur a été déclarée entre le jour de la *prénotation* et celui de l'inscription définitive de l'hypothèque ou de la dette foncière, cette faillite n'a aucune influence sur l'inscription qui, remontant au jour de la *prénotation*, est censée lui être antérieure.

2° Si le créancier a fait inscrire la *prénotation* sur le fondement d'une créance purement personnelle, alors qu'il n'avait aucun titre d'hypothèque ou de dette foncière, la situation est tout autre. C'est la sentence qui donne au créancier son titre de gage, et l'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière à la place et au rang de la *prénotation* ne peut avoir lieu que si une inscription peut encore être prise. De là il résulte que

si l'on suppose le débiteur tombé en faillite depuis le jour où la *prénotation* a été insérée, l'inscription définitive de l'hypothèque ou de la dette foncière ne peut remonter rétroactivement au jour de la *prenotation* (1).

Il peut arriver qu'avant l'inscription définitive, le débiteur inscrit comme propriétaire de l'immeuble sur lequel une *prénotation* a été insérée, voie son inscription au *Grundbuch* annulée. Dans ce cas le nouveau propriétaire inscrit au *Grundbuch* au lieu et place du débiteur peut demander la radiation de la *prénotation*. Cette décision n'est pas en contradiction avec le principe posé par l'art. 9, § 2 de la loi sur l'acquisition de la propriété, en vertu duquel, « si l'inscription est annulée, cette annulation ne nuira pas aux tiers qui, sur la foi de l'inscription, auraient acquis des droits sur l'immeuble à titre onéreux et de bonne foi, » en effet, le créancier n'a acquis aucun droit réel par la *prénotation*. Il en serait tout autrement si la propriété du débiteur était attaquée après que la *prénotation* a été remplacée par une inscription définitive.

(1) Achilles. « *Die prussischen Gesetze uber Gruddeigenthum und Hypothekenrecht vom 5 mai 1872* », § 22.

CHAPITRE II

De la réalisation de l'inscription

En France, les transcriptions des titres de propriété et les inscriptions des hypothèques se font sur deux registres différents déposés au bureau de la conservation des hypothèques. En Prusse, les mutations de propriété et les constitutions d'hypothèque sont rendues publiques par un procédé unique : l'inscription. Un seul registre est destiné à recevoir les inscriptions de propriété et celles d'hypothèque ou de dettes foncières : c'est le livre foncier, *Grundbuch*. Le *Grundbuch* ne se borne pas à publier comme nos registres hypothécaires certains actes relatifs à la propriété foncière, mais offre le tableau complet de l'état juridique du sol, il dresse en un mot « le bilan de la propriété ». Ce résultat est atteint par le mode de tenue de ce registre. Au lieu d'ouvrir comme le font les répertoires de nos conservateurs des hypothèques, un compte au nom du propriétaire, le *Grundbuch* (au moins d'après le formulaire I de la loi) ouvre un compte à la propriété elle-même, et présente sous la désignation de chaque immeuble l'indication de tous les actes qui grèvent cet immeuble quelle que soit la personne dont ils émanent. Le *Grundbuch* se complète par le cadastre qui présente l'état matériel des fonds et ces deux registres sont tenus dans une concordance absolue.

SECTION I. — **De la forme des livres fonciers.**

L'article 1 de la loi sur les livres fonciers dispose que, « pour chaque circonscription cadastrale il sera établi un ou plusieurs livres fonciers. Dans ces livres seront inscrits tous les immeubles compris au cadastre. »

Il existe donc en Prusse pour chaque circonscription cadastrale, ou pour parler plus exactement, pour chaque circonscription de perception de l'impôt foncier, *Grundsteuererhebungsbezirk,* un ou plusieurs livres fonciers sur lesquels sont inscrits tous les immeubles de la circonscription susceptibles d'être aliénés ou hypothéqués (art. 2), les droits sur les mines et les droits réels indépendants, *selbststændige Gerechtigkeiten* (art. 3); ces droits particuliers qui ne sont pas l'accessoire d'un immeuble ont une existence propre, ils sont aliénables et engageables. Il en existait un nombre considérable autrefois, mais la législation moderne en a aboli la plupart ou les a déclarés rachetables, sans qu'il soit possible d'en constituer à nouveau.

Les immeubles inscrits sur le *Grundbuch* doivent être spécifiés dans le livre par des indications puisées dans le cadastre.

D'après l'*Hypotheken Ordnung* de 1783, on devait indiquer sur le livre hypothécaire le nom de l'immeuble, l'arrondissement, le district, la rue dans laquelle il était situé; mais quant à l'étendue et à la situation précise, le livre hypothécaire n'offrait pas de renseignements sûrs. Les difficultés étaient nombreuses: il se produisait des changements dans les limites des terres, des morcellements et il arrivait souvent de ne plus retrouver sur le sol l'immeuble qui était inscrit dans le livre hypothécaire.

Pour remédier à ces inconvénients, on prescrivit

aux juges chargés de la tenue des registres hypothécaires d'inscrire à côté de la désignation générale des immeubles, des indications spéciales sur la contenance et la situation des parcelles. C'était encore un expédient insuffisant, car ces indications n'ayant pas un caractère authentique on ne pouvait leur attribuer la foi publique due aux énonciations du livre hypothécaire.

C'est en Westphalie qu'on atteignit le but proposé en combinant le livre hypothécaire avec le cadastre. Pour assurer la perception de l'impôt foncier, l'État tenait un livre spécial, le *Grundsteuerbuch*, basé sur des arpentages officiels, indiquant exactement la situation et l'étendue des immeubles et tenu au courant de toutes les mutations. On inscrivit au livre hypothécaire les immeubles d'après leur désignation et leur contenance dans le *Grundsteuerbuch* et on arriva ainsi à rendre les indications du livre hypothécaire tout à fait précises.

Le législateur de 1872 se proposa d'appliquer à la tenue du *Grundbuch* ce mode usité en Westphalie (1). Le *Grundsteuerbuch* doit compléter le *Grundbuch* et fournir toutes les indications nécessaires concernant la désignation des immeubles, leur situation et leur contenance. L'art. 4 de la loi sur les livres fonciers est formel. « Toutes les indications du livre foncier concernant la désignation des immeubles inscrits, leur situation, leur contenance, seront empruntées aux *Grundsteuerbücher* et conformes à ces registres ; une copie desdits registres sera envoyée au bureau de conservation du livre foncier. »

Cette réunion du *Grundbuch* et du cadastre est de nature à donner les meilleurs résultats, à condition que l'on maintienne une exacte concordance entre cest deux livres. Le législateur prussien y arrive, d'une

(1) Dernburg, « *Lehrbuch des preussischen Privatrechts* » p. 402.

part en imposant au *Grundbuchrichter* l'obligation de transmettre chaque année à l'administration du cadastre l'etat des mutations de propriété opérées dans le *Grundbuch* (art. 13 du règlement du 2 septembre 1872), d'autre part, en exigeant l'envoi par l'administration du cadastre au *Grundbuchrichter*, de l'état des changements matériels des immeubles de la circonscription (art. 12 du réglement du 2 septembre 1872.) Les indications du *Grundbuch* étant ainsi rigoureusement conformes à celles du *Grundsteuerbuch*, les acquéreurs d'immeubles sont à même de se renseigner avec une complète exactitude sur la contenance et la qualité des biens qu'ils veulent acheter. Les capitalistes ont aussi toute facilité pour se rendre compte de la valeur exacte de la sûreté qui leur es offerte.

Sur le *Grundbuch* ainsi établi doivent être inscrits les domaines compris dans la circonscription. La loi de 1872 entend par domaine, *Grundstückr* la réunion de plusieurs immeubles composant une même exploitation ou portant le même nom, chaque *Grunsdtück* constituant une unité juridique.

L'établissement des livres fonciers dans les circonscriptions où ils n'existeraient pas sera régi par les dispositions spéciales du statut local (art. 133). L'inscription des immeubles dans le *Grundbuch* n'a pas lieu d'office, conformément à l'art. 134, elle n'a lieu que sur la demande du propriétaire ou de ceux qui peuvent contraindre le propriétaire à l'inscription. Le propriétaire doit alors joindre à sa demande un extrait certifié des registres du cadastre. Dans un seul cas, seulement la loi permet l'inscription forcée directe, c'est dans l'hypothèse de l'art. 55. « Dans les cas ou la propriété est acquise sans investiture, l'acquéreur pourra néanmoins être contraint à l'inscription : 1° sur la réquisition d'une autorité compétente : 2° sur la

demande de toute personne ayant sur l'immeuble un droit réel et voulant le faire inscrire. »

On peut s'étonner de voir que, l'institution du *Grundbuch* étant destinée à sauvegarder l'intérêt de tous les propriétaires, la loi n'a pas imposé l'obligation absolue de faire inscrire tous les immeubles sur le *Grundbuch*. Lors de la création des livres hypothécaires en 1783 on y inscrivit d'office tous les immeubles qui constituaient une unité juridique (1). La loi de 1872 ne suivit pas les mêmes errements, elle n'abandonna certainement pas l'idée de faire inscrire au *Grund buch* tous les immeubles, mais elle considéra comme une contrainte suffisante la règle en vertu de laquelle aucun immeuble ne peut-être aliéné ou hypothéqué sans être inscrit au *Grundbuch*.

Connaissant ainsi les principes qui président à l'établissement des livres fonciers, voyons les règles pratiques de cet établissement ou de la tenue de ceux qui existaient avant 1872.

La loi sur l'établissement des livres fonciers art. 6, dispose que deux modèles sont présentés au choix des conservateurs des livres fonciers.

D'après le modèle Ier, chaque immeuble a sa feuille spéciale dans le *Grundbuch*.

D'après le modèle IIe chaque propriétaire a dans le *Grundbuch* son chapitre spécial dans lequel sont portés tous les immeubles qui lui appartiennent.

Le premier système, dit système des feuilles réelles *Realfolien*, était celui édicté par l'*Hypotheken Ordnung* du 20 décembre 1783, c'est celui qui assure la publicité la plus efficace et la plus certaine, car individualisant l'immeuble et présentant sur une page toute l'histoire de cet immeuble, il donne la possibilité de connaitre d'un seul coup d'œil l'état réel des fonds. Le seul changement introduit par la loi de 1872

(1) *Hypotheken Ordnung* de 1783, I §§ 1, 6, 8.

au type des *Realfolien* adopté en 1783, consiste dans la concordance exigée entre la feuille du *Grundbuch* et le *Grundsteurbuch*. L'indication sur le titre de la feuille du numéro que l'immeuble occupe au cadastre, complète la certitude en permettant de se reporter facilement au *Grundsteuerbuch*.

Ce système peut s'appliquer assez difficilement aux contrées dans lesquelles la propriété est fortement morcelée, si l'on suppose en effet un domaine composé d'un nombre considérable de parcelles, la feuille du *Grundbuch* se surcharge d'inscriptions au point de ne plus permettre de vue d'ensemble. D'assez bonne heure on sentit le besoin d'essayer de rapprocher pour faciliter les recherches, les divers immeubles séparés, qui pouvaient appartenir à la même personne. Dès 1797, une circulaire permit de réunir dans une même feuille plusieurs immeubles distincts appartenant à un même propriétaire, cette pratique n'avait pas pour effet de réunir en une unité juridique ces divers immeubles inscrits sur la même feuille, mais de faciliter la manipulation des registres hypothécaires.

Le législateur de 1872 comprenant l'utilité d'une réforme sur ce point introduisit dans la loi le système des *Personalfolien*. Dans ce second système il n'est plus établi une feuille pour chaque domaine, c'est au nom du propriétaire que sont crées les articles, *Artikeln*. Dans chaque *article* sont réunis tous les immeubles appartenant au même propriétaire. On le voit cette combinaison simplifie les écritures puisqu'il n'y a plus une feuille pour chaque parcelle, si faible que pût être l'importance de cette parcelle, mais un seul *article* par propriétaire.

Pour comprendre comment se réalise l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière, il est indispensable d'examiner en détail l'un et l'autre des deux moyens de tenir le *Grundbuch*.

§ Iᵉʳ. — Tenue du Grundbuch d'après le formulaire Iᵉʳ.

Comme nous venons de le dire, chaque domaine occupe dans ce système une feuille spéciale dans le *Grundbuch*. Cette feuille se compose d'un titre et de trois sections (1).

Le titre, *Titelblatt*, est consacré à l'indication de l'immeuble, il doit offrir une désignation de l'immeuble telle, qu'après un long espace de temps, et même après le changement de sa forme extérieure, l'immeuble soit reconnaissable.

A cet effet une première colonne contient : 1° La désignation de l'immeuble, savoir : le nom du domaine et du district, s'il s'agit d'immeubles formant un domaine *Grundstück* ; la rue, le numéro et autres indications en usage s'il s'agit d'immeubles de ville ; les noms du district et de la commune ; le numéro et autres indications pour les parcelles ne constituant pas un domaine ; 2° la nature de l'immeuble ; 3° le numéro sous lequel il est porté au cadastre ; 4° la contenance, le revenu imposable ou la valeur locative. Si un domaine se compose de plusieurs parcelles portant des numéros distincts au cadastre, ces parcelles doivent être indiquées successivement dans la première colonne avec le numéro qu'elles portent au cadastre, leur contenance, leur revenu imposable. Lorsque des parcelles viennent s'adjoindre au domaine pour se fondre dans l'unité juridique que forme celui-ci, elles doivent être aussi inscrites dans la première colonne.

La deuxième colonne est réservée à l'indication des parcelles distraites du domaine.

Le titre de la feuille réservée à chaque immeuble est donc destiné à présenter les renseignements nécessaires à l'individualisation de l'immeuble, le reste

(1) Voir M. Gide, *loc. cit.*, p. 239 et suiv.

de la feuille doit faire connaître sa situation au point de vue de la propriété et des charges.

A cet effet, elle se compose de trois sections : la première, affectée aux renseignements sur la propriété ; la seconde à l'indication des charges et restrictions de la propriété; la troisième à l'inscription des hypothèques et des dettes foncières.

La première section est divisée en trois colonnes (art. 10) :

La première colonne contient l'indication du propriétaire par ses nom, prénoms, profession, domicile.

La seconde colonne renferme l'indication de la date et du titre d'acquisition ainsi que celle des parcelles ajoutées à l'immeuble.

La troisième colonne est affectée à l'indication de la valeur de l'immeuble, on y inscrit le prix d'acquisition, les estimations officielles qui ont pu être faites, et s'il s'agit de maisons et de bâtiments d'exploitation, la somme pour laquelle ils sont assurés contre l'incendie.

Cette première section offre ainsi d'une façon exacte l'histoire des mutations de la propriété, en effet, les propriétaires successifs sont inscrits l'un à la suite de l'autre dans la première colonne, et le conservateur du livre foncier doit souligner en rouge toutes les inscriptions annulées par suite de mutation.

La deuxième section doit faire connaître les restriction au droit de propriété (art. 11). Elle est divisée aussi en trois colonnes.

La première colonne contient l'inscription de ces charges et restrictions : 1° des charges perpétuelles et des prestations périodiques en argent ou en nature établies par titres, telles que : servitudes réelles et personnelles, rentes foncières qui constituent des droits réels irrachetables ; 2° des restrictions à la propriété ou au droit de disposer du propriétaire résul-

tant de *prénotations*, de déclarations de faillite, de demandes en expropriation forcée, saisies ou sequestres judiciaires, dispositions testamentaires (1). Dans la seconde colonne portant la rubrique : *changements* sont portés tous les changements subis par les droits indiqués dans la première colonne.

La troisième colonne sert à relater l'extinction d'un des droits inscrits dans la première colonne.

La troisième section est réservée aux hypothèques et aux dettes foncières qui sont des droits réels remboursables, destinés à s'éteindre par le paiement, elle comprend trois colonnes (art. 12). Dans la première colonne sont inscrites les hypothèques et les dettes foncières. L'inscription indique : le principal de la somme prêtée, le taux des intérêts et l'époque de leur exigibilité, le nom du créancier, la date de l'inscription.

Dans la deuxième colonne sont relatés les changements que subissent les hypothèques ou les dettes foncières, par exemple les cessions d'hypothèque, subrogations, cessions de priorité, conversions d'hypothèque en dette foncière, etc.

Enfin la troisième colonne est destinée à l'inscription des radiations.

§ II. — Tenue du Grandbuch d'après le formulaire II

Dans ce second système, chaque immeuble n'a plus sa feuille distincte, mais il est ouvert sous le nom de chaque propriétaire un article, *Artikel*, (2) spécial, renfermant tous les immeubles appartenant au même propriétaire. L'article du *Grundbuch* rédigé d'après le formulaire II comprend aussi un titre et trois sections.

Le titre indique seulement le propriétaire, ses nom, prénoms, profession, domicile. C'est la première

(1) Gide, *loco citato*, p. 240, note 8.
(2) Le mot est emprunté au *Grundsteuerbuch*.

section seulement qui contient la désignation des immeubles.

L'indication du propriétaire passe dans ce système au premier rang et relègue l'immeuble au second plan. La publicité de *réelle* qu'elle était avec le premier système devient *personnelle* avec le second. Elle se rapproche ainsi de notre système du droit français mais la comparaison est toute en sa faveur. En effet sous le nom du propriétaire l'article du *Grundbuch* fournit le tableau exact de la propriété, et les renvois du cadastre au livre foncier permettent de retrouver facilement au *Grundbuch* l'immeuble dont on ne connaît pas le propriétaire. Chez nous au contraire, il faut pour connaître l'état réel d'un fonds s'enquérir avant tout du nom du propriétaire, notre cadastre ne pouvant fournir le renseignement que donne le *Grundsteuerbuch* puisqu'il n'existe aucune concordance entre lui et les registres des conservateurs des hypothèques.

Le second mode de tenue du *Grundbuch* a donc pour trait essentiel de présenter sons le nom du propriétaire la liste des immeubles possédés par celui-ci.

Les immeubles sont portés dans la première section avec leur description d'après le cadastre, la mention du numéro du cadastre, leur situation, leur nature, leur contenance, leur revenu, la date et le titre d'acquisition (art. 14).

Les deuxième et troisième sections dans le second système ne se différencient de celles du premier que par l'indication dans une colonne spéciale, de l'immeuble grevé d'après le numéro de la première section. Cette indication permet de trouver de suite et avec exactitude à quelles parcelles s'appliquent les inscriptions portées dans ces sections par ordre chronologique, on a ainsi une vue d'ensemble de l'état des charges grevant chaque parcelle.

La loi de 1872 en organisant le système des *Personalfolien* à côté du système des ***Realfolien***, seul établi en 1783 et qui constitue le véritable système allemand, a laissé les conservateurs des livres fonciers libres d'apprécier dans chaque circonscription lequel des deux modèles il convient de suivre (art. 6).

En outre du *Grundbuch*, il doit être tenu dans chaque conservation du livre foncier un *recueil d'actes fonciers*, *Grundakten*, (art. 18). Pour chaque feuille ou pour chaque article du *Grundbuch*, il existe un cahier spécial contenant les *actes fonciers* relatifs aux immeubles compris dans la feuille ou dans l'article. Ces *actes fonciers* sont les documents qui ont été fournis pour la justification des inscriptions, par exemple : les demandes d'inscription présentées par les parties, les pièces à l'appui desquelles ces demandes se produisaient, les jugements ordonnant des incriptions. En tête de chaque cahier d'*actes fonciers*, se trouve un tableau contenant la transcription littérale de la feuille ou de l'article du *Grundbuch* auquel correspond le cahier.

Enfin les conservateurs du livre foncier emploient comme répertoire les *Grundsteurbücher* dont des copies leur sont communiquées.

Section II. — Formalités de l'inscription

Nous avons dans notre premier chapitre exposé les règles édictées par la loi de 1872 pour qu'une demande d'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière soit reçue par le *Grundbuchrichter*. Le *Grundbuchrichter* saisi par une demande des parties ou une requisition de l'autorité compétente a

dû se livrer à l'examen de la validité dans le fond et dans la forme de la demande ou de la réquisition d'inscription.

Une fois qu'il a reconnu le bien fondé de cette demande ou de cette requisition, il est de son devoir de procéder de suite à l'inscription sur le *Grundbuch*. A cet effet il rédige un modèle d'inscription conforme à la demande présentée, et ce modèle est transcrit littéralement sur le livre foncier (art. 43). L'inscription doit reproduire les énonciations portées à la demande, elle doit spécifier : le montant de la créance en monnaie légale, le taux des intérêts, l'époque où les intérêts commencent à courir et celle de leur exigibilité, les nom, prénoms, profession, domicile du créancier; s'il s'agit d'une hypothèque proprement dite il faut indiquer la date de l'acte de prêt qui a donné naissance à l'hypothèque; enfin l'inscription doit être datée et signée par le *Grundbuchrichter* et son greffier (art. 44). Si une hypothèque ou une dette foncière grève plusieurs immeubles chacun pour le tout, on doit l'inscrire sur chaque immeuble en indiquant qu'elle grève aussi les autres (art. 78).

L'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière une fois faite sur le *Grundbuch*, le conservateur du livre foncier dresse et délivre des titres spéciaux, des *bons hypothécaires* et des *bons fonciers*. Mais il existe une différence capitale entre le cas d'inscription d'une hypothèque proprement dite et celui d'une dette foncière. S'il s'agit d'une hypothèque proprement dite, les parties peuvent renoncer à l'émission d'un *bon hypothécaire* et se contenter d'un simple certificat, s'il s'agit au contraire d'une dette foncière les parties sont privées de ce droit et la dette foncière n'existe que si l'inscription au *Grundbuch* est suivie de la délivrance d'un *bon foncier*,

Grundschuldbrief, c'est la une condition indispensable (art. 122) et art. 20 de la loi sur l'acquisition de la propriété).

Cette pratique inconnue à notre droit français a pour but de résoudre la grave question de la mobilisation du crédit foncier. Cette *Grundschuldbrief* constitue un effet négociable comme une lettre de change et qui se rapproche même du billet au porteur, par cette règle, qu'elle peut être rédigée au nom du propriétaire et à son ordre et transmissible en cette forme par endossement en blanc. En outre, si le propriétaire le demande, il est joint à la *Grundschuldbrief* une feuille contenant une série de quittances pour intérêts à échoir, *Zinsquittungscheine* (art. 128), ces quittances sont de véritables coupons payables au porteur. Si notre loi française actuelle ne renferme aucune institution semblable à la *Grundschuldbrief*, il ne faut pas oublier que la loi du 9 Messidor de l'an III avait tenté ce que la loi prussienne de 1872 a accompli. La *cedule hypothécaire* de la loi de Messidor présente la plus frappante analogie avec la *Grundschuldbrief* de la loi de 1872.

Nous avons déjà dit que le *Grundbuch* jouissait d'une autorité bien plus grande que nos registres hypothécaires, par suite de cette règle que le propriétaire inscrit sur le livre foncier est par là même propriétaire à l'égard des tiers, c'est ce que l'on nomme la *foi publique du Grundbuch*. L'application de ce principe à l'inscription des hypothèques et des dettes foncières a pour conséquence que du moment qu'un créancier de bonne foi a obtenu une inscription régulière en la forme et constatant l'existence d'une hypothèque ou d'une dette foncière sur un immeuble, il a acquis son droit d'une manière irrévocable et la nullité de l'inscription prononcée par la suite contre le propriétaire inscrit ne peut lui préjudicier.

Voyons dans quelle mesure le principe de la *foi publique* s'applique aux inscriptions d'hypothèque et de dette foncière :

1° La foi publique n'est attachée qu'aux énonciations portées au *Grundbuch*, il n'en est pas de même de celles que l'on trouve dans le recueil d'*actes fonciers*, *Grundakten*. Au cas de divergence entre un *bon hypothécaire*, *Hypothekenbrief*, et le *Grundbuch*, le porteur de ce bon ne peut le faire prévaloir sur le livre foncier. Il en est autrement pour le *bon foncier*, *Grundschulbrief*, qui au cas de divergence avec le *Grundbuch* l'emportera sur celui-ci, cette faveur est accordée au *bon foncier* dans l'intérêt de la circulation.

2° Les indications de fait portées sur le livre foncier, comme par exemple l'état d'une maison, ne sont pas protégées par le principe de la foi publique. Il en est différemment des indications sur la situation et les éléments dont se compose l'immeuble quand elles sont certifiées conformes au *Grundsteuerbuch*. Enfin la certitude accordée à l'inscription du droit lui-même peut s'envisager à deux points de vue : au point de vue positif en ce sens que les tiers peuvent considérer une inscription régulière comme absolument efficace; au point de vue négatif, en ce sens que les droits réels non publiés par le *Grundbuch* ne sont pas opposables aux tiers.

3° La foi publique due au livre foncier ne peut pas être utilement invoquée par le tiers de mauvaise foi, c'est-à-dire par celui qui au moment de l'inscription connaissait le défaut de droit de son auteur.

4° La publicité du *Grundbuch* lui-même est une conséquence du principe de la foi publique due au registre. Tous ceux qui y ont intérêt peuvent demander la communication du *Grundbuch* et des *Grundakten*. Ce droit appartient avant tout au propriétaire

de l'immeuble, qui peut demander à tout instant un copie certifiée de toute la feuille ou de tout l'article du *Grundbuch*, au créancier inscrit, et à toute personne qui veut acquérir des droits sur l'immeuble, ou faire triompher contre l'inscrit des droits qu'elle possède. C'est le *Grundbuchrichter* qui est juge de l'existence de l'intérêt de droit chez le requérant.

CHAPITRE III

Effets de l'inscription.

L'inscription de l'hypothèque ou de la dette foncière donnant naissance au droit réel, l'étude des effets de l'inscription se confond avec celle des effets de l'hypothèque et de la dette foncière. Conformément à ce que nous avons fait à propos de l'étude de cette question dans la législation française, nous n'entreprendrons pas l'examen des effets de l'inscription de l'hypothèque et de la dette foncière dans la législation prussienne. Nous nous contenterons de relever deux particularités importantes de cette législation.

Nous disions, à propos des effets de l'inscription d'hypothèque en droit français : 1° qu'elle conservait pendant un certain temps les intérêts de la créance (art. 2151, C. c.), et 2° qu'elle conservait pendant dix ans le rang de collocation qu'elle attribuait à l'hypothèque.

En droit prussien, l'inscription d'une hypothèque ou d'une dette foncière ne garantit jamais les intérêts non inscrits (art. 30). Cette décision est logique et conforme au principe de la publicité. Pourquoi dispenser les intérêts de la publicité, quand on l'exige pour le capital ?

Quant au renouvellement décennal de l'inscription exigé par l'art. 2154 du Code civil, la législation prussienne ne connaît rien de pareil ; tant que l'inscription n'est pas radiée (art. 57 de la loi sur l'acquisition de la propriété), l'hypothèque et la dette foncière subsistent avec le rang que leur a attribué l'inscription prise au moment de leur naissance.

APPENDICE

L'étude des règles qui régissent en droit français et en droit prussien la publicité des hypothèques ne suffit pas pour donner de la question un exposé com plet. Depuis plus de soixante ans, nombre de jurisconsultes et surtout de praticiens se sont attachés à découvrir les vices de notre législation hypothécaire et à chercher les moyens de doter notre pays d'un régime hypothécaire aussi parfait que possible. Quelques mots sur les plus importantes d'entre ces opinions nous paraissent un appendice obligé d'une étude sur la publicité des hypothèques.

Les deux principaux reproches adressés à notre législation hypothécaire au point de vue de la publicité sont : la clandestinité des hypothèques légales et les difficultés des recherches dans les registres hypothécaires. Nous avons déjà dans la première partie de notre travail étudié rapidement la question de la clandestinité des hypothèques légales, il nous reste à voir les divers moyens proposés pour y remédier ou pour en diminuer les inconvénients. Notre attention se portera ensuite sur l'organisation des registres hypothécaires et sur les moyens proposés pour améliorer leur tenue, afin de présenter un tableau plus fidèle et plus complet de la propriété foncière donnant toutes garanties aux prêteurs sur hypothèque.

1°. — CLANDESTINITÉ DES HYPOTHÈQUES LÉGALES

Au premier rang des inconvénients de l'hypothèque légale occulte, se place le danger de confier ses fonds à un emprunteur qui marié ou exercant une tutelle,

dissimule sa qualité, et par conséquent l'hypothèque légale qui grève ses biens. Pour y remédier des auteurs proposèrent en 1841 lors des enquêtes sur la réforme hypothécaire, un système destiné dans leur pensée à faire cesser sur ce point toute difficulté. Ce système peut être qualifié du nom de *système d'immatricule.* Il fut exposé par MM. Hebert, (1) notaire à Rouen et Loreau (2), directeur des domaines à Poitiers.

M. Loreau, dont le travail est plus complet et paraît plus étudié au point de vue pratique que celui de M. Hébert présente un système d'immatricule des personnes dans les registres hypothécaires de leur domicile et la publicité donnée par l'inscription au nom de chaque propriétaire à tous les actes modifiant sa capacité personnelle ou sa propriété. Tandis que M. Loreau se borne à proposer l'immatricule des propriétaires d'immeubles, M. Hébert demande l'immatricule de tout individu dès sa naissance.

On indiquerait sous l'immatricule de chaque individu les immeubles d'après le cadastre, puis les aliénations et acquisitions de propriété. On mentionnerait ensuite tout ce qui peut modifier la capacité de s'obliger ou de disposer des immeubles : âge, interdiction, nomination de conseil judiciaire, faillite, mariage, hypothèques, enfin le décès et l'acceptation ou la répudiation de la succession.

La difficulté dans ce système est de déterminer d'une manière fixe et certaine le domicile de chaque indi-

(1) *De quelques modifications importantes à introduire dans le régime hypothécaire et considérations sur l'utilité d'un système propre à justifier de la capacité civile de chaque contractant.* — Paris et Rouen. 1841.

(2) *Du crédit foncier et des moyens de le fonder, ou création d'un système hypothécaire appuyé sur le cadastre, l'enregistrement des contrats et le revenu imposable de la propriété suivi d'un mode de transfert des créances sur hypothèque analogue à celui des rentes sur l'Etat.* — Paris, 1841.

vidu. Il est nécessaire qu'il n'y ait aucune incertitude sur le domicile puisque c'est au bureau de ce domicile que doivent être rendus publics les renseignements indiqués.

Les auteurs du système donnent comme premier domicile légal le lieu de la naissance et exigent pour changer de domicile deux déclarations aux municipalités de l'ancien et du nouveau lieu.

L'inscription d'après le système de M. Hébert aura lieu sur les réquisitions des fonctionnaires ou officiers ministériels recevant les actes ou constatant les faits sujets à inscription.

D'après M. Loreau les receveurs d'enregistrement, cumulant les fonctions de conservateurs des hypothèques, prendraient d'office les inscriptions au fur à mesure de l'enregistrement des actes et jugements y donnant lieu.

D'après tous les partisans du système, tous les actes modifiant la capacité personnelle, la fortune immobilière ou la situation hypothécaire d'un propriétaire doivent être passés en la forme authentique.

Examinons d'abord quels avantages peut procurer ce système pour voir ensuite ses inconvénients.

Le système d'immatricule donne la publicité à la capacité des personnes et aux hypothèques. Il met à l'abri du danger de traiter avec un incapable, et ainsi améliore beaucoup l'état actuel du crédit foncier. Il faut remarquer sur ce point que le danger de traiter avec un incapable n'est pas aussi grand que veulent le prétendre les auteurs du système, cela se produit assez rarement.

Du reste, dans bien des cas, le système sera assez difficilement applicable, et quand un individu sera frappé d'une incapacité il arrivera souvent qu'on ne

connaîtra pas le domicile où il faudra l'immatriculer.

La publicité des hypothèques est l'objet le plus important du système. Ses auteurs prétendent avoir garanti la sécurité des prêteurs et acquéreurs sans sacrifier les intérêts des incapables.

D'après M. Loreau les hypothèques légales seraient publiées comme les autres hypothèques, d'office par les agents de l'administration, puisque, prétend cet auteur, leur cause existe nécessairement dans un acte ou dans un fait toujours soumis à la formalité de l'enregistrement.

D'après M. Hebert, la connaissance des hypothèques légales est procurée aux tiers, non par l'inscription immédiate de ces hypothèques mais par, leur *indication* opérée d'office par les officiers ministériels, et cela dans un délai de dix jours.

Grâce à ces moyens, les auteurs du système prétendent que le prêteur n'est plus exposé à aucune déception ni à aucune fraude, car il n'a plus à s'en rapporter aux seules déclarations de l'emprunteur. Le registre d'immatricule est là pour renseigner sur la véritable situation hypothécaire du débiteur et indiquera s'il est marié ou tuteur.

En outre les auteurs du système d'immatricule prétendent détruire l'inconvénient qu'offre le caractère de généralité de l'hypothèque légale. Pour cela ils exigent que tous les actes établissant les droits et créances des pupilles et des femmes soient rédigés en la forme authentique et que les officiers publics en fassent au fur et à mesure l'inscription.

Indépendamment des complications énormes d'écriture qu'exigerait l'application de ce système il est des cas où elle serait impossible. Par exemple au cas d'une succession échue à une femme, il faudrait obliger le mari à faire inventaire. Il faudrait pour déter-

miner les reprises des femmes mariées, imposer la forme authentique à une quantité d'actes qui sont rédigés généralement sous seing-privé, notamment les ventes d'un bien propre ou paraphernal, les quittances données par le mari d'une créance dotale, les obligations que la femme contracte comme caution du mari. Enfin il est des droits pour la femme que nul acte ne peut constater, par exemple le mari est responsable comme administrateur des conséquences de sa mauvaise gestion des biens de la femme, c'est là une obligation essentiellement indéterminée, de même et à plus forte raison, le tuteur.

De ce rapide exposé on peut voir qu'il faut réduire les avantages que les partisans du système d'immatricule prétendent faire sortir de l'application de leurs idées, voyons en maintenant les inconvénients.

Tout d'abord la base du système est la fixité du domicile puisque c'est là que les intéressés doivent trouver tous les renseignements. Or cette fixité du domicile et l'inscription en ce lieu des faits intéressant la capacité et la propriété sont d'une application très difficile. Ce serait du reste transformer radicalement la théorie de notre loi sur le domicile, en faisant de ce domicile non une réalité, mais une fiction du droit.

En outre la publicité est donnée au lieu du domicile et non a celui de la situation des biens. Cette réforme n'est pas heureuse, car elle ne peut être qu'une source d'irrégularités et d'erreurs.

La mise à exécution serait difficile, les employés de l'enregistrement ou officiers ministériels obligés de faire les inscriptions pourraient se trouver extrêmement embarrassés, il arriverait souvent qu'ils ignoreraient où prendre l'inscription. Enfin il y aurait en jeu une telle série de fonctionnaires et d'officiers mi-

nistériels qu'on ne saurait jamais dans les cas d'erreurs lequel est responsable.

Ce système de l'immatriculation est donc impuissant à réaliser la publicité complète du régime hypothécaire et offre du reste de grandes difficultés d'application pratique. Pour arriver au but qu'il poursuit, la suppression du danger que fait courir aux tiers la clandestinité de l'hypothèque légale, ne serait-il pas beaucoup plus simple d'adopter purement et simplement le système de la législation prussienne, qui était celui de la loi de brumaire, et qui faillit triompher lors de l'examen de la réforme hypothécaire de 1851. Dans ce système tous les créanciers qui ont chez nous une hypothèque légale ont non pas une hypothèque proprement dite, mais un titre légal d'hypothèque, c'est-à-dire un simple droit de s'inscrire. L'adoption du principe de la publicité de toutes les hypothèques sans exception, corrigé par des mesures sérieuses et efficaces prises par la législation pour assurer l'inscription, est de nature à donner satisfaction au crédit réel (1).

2°. — Organisation des registres hypothécaires. « J'ai à vérifier la situation hypothécaire d'un immeuble soitpour l'acheter, soit pour faire un placement dont il doit être la garantie, disait M. le président Bonjean dans la séance du Sénat du 6 avril 1866 (2), si je demande au conservateur l'état des hypothèques qui grèvent cet immeuble, il me dira : « je ne puis répondre à la question ainsi posée ; mes registres sont tenus par noms de propriétaires, non de propriétés. Indiquez moi les noms des propriétaires et je vous dirai les hypothèques consenties par chacun d'eux. » Il faut donc que préalablement je recherche la série des propriétaires auxquels l'immeuble a successive-

(1) Voir dans notre première partie, p. 149 et suiv. l'examen du Code Sarde et de la loi Belge sur ce point.
(2) *Moniteur Universel* du 7 avril 1866, p. 401.

ment appartenu, en remontant aussi haut que possible, mais au moins de trente ou quarante ans dans le passé. Si j'en oublie un seul, je n'en obtiendrai que des renseignements incomplets et trompeurs; car c'est celui là peut-être qui aura grevé l'immeuble. Si je me trompe sur les noms, les prénoms, les professions, les domiciles; si je prends le père pour le fils, l'oncle pour le neveu, ma recherche est vaine, car trompé par une indication erronée le conservateur ne me donnera lui-même que des renseignements inexacts. »

Nous avons cru devoir reproduire *in extenso* cette partie du discours de M. Bonjean, car elle indique clairement les inconvénients qu'offre au point de vue de la publicité hypothécaire l'organisation actuelle de nos registres. Nécessité de connaître le nom d'une personne pour obtenir la situation d'une chose, voilà le grave défaut de notre législation actuelle, défaut qui résulte de la manière dont sont tenus les registres hypothécaires.

Le conservateur inscrit jour par jour et par ordre numérique sur le *registre des dépôts*, les remises d'actes à transcrire et de borderaux d'inscriptions; il fait ensuite sur des registres spéciaux dits, *registres des formalités*, les opérations de transcription et d'inscription pour lesquelles ces actes et bordereaux lui ont été remis. Il inscrit sur un livre d'ordre nommé *répertoire* le report par extrait des actes reçus; le répertoire étant divisé en cases portant chacune le nom d'un propriétaire, c'est au nom du grevé que se fait cette inscription, dans le cas où il s'agit d'une constitution d'hypothèque. Pour fournir les certificats demandés sur la situation hypothécaire de tel ou tel individu, le conservateur consulte le répertoire où cet individu est inscrit, s'il a donné matière à inscription. Le répertoire le renvoie par l'indication du numéro et de la date aux registres des formalités sur les quels

sont inscrits chronologiquement les bordereaux d'inscription.

Avec un tel système, tous les individus dont les propriétés sont grevées ont pour ainsi dire un compte ouvert à la conservation des hypothèques, on comprend qu'il y ait là une source de confusions et d'erreurs. Si l'on suppose que dans la même commune il existe plusieurs individus portant les mêmes noms et prénoms, et ceci se rencontre très souvent à la campagne, tous ces individus peuvent être portés au répertoire de la conservation des hypothèques. En un tel état de choses un certificat d'inscription délivré sur un individu de ce nom, ne peut offrir aucune sûreté, à moins que le conservateur ne comprenne dans son certificat toutes les inscriptions portées à ce même nom, mais applicables à plusieurs, ce qui augmente beaucoup les frais.

Ainsi donc de ce chef, confusions inévitables. Un autre inconvénient grave peut aussi être relevé. L'acquéreur ou le prêteur qui veulent s'assurer si on ne leur propose pas la vente ou l'hypothèque de la chose d'autrui, ne peuvent retrouver le titre afférent à la propriété qui n'est transcrit dans le registre que sous le nom du propriétaire. Ils éprouvent, en outre, les plus grandes difficultés pour remonter l'échelle des transmissions antérieures.

Enfin, si l'on est exposé à des confusions de noms, on l'est aussi à des confusions de parcelles. Un acquéreur, par exemple, demande, avant de payer son prix d'acquisition, l'état des inscriptions sur telle parcelle, il se trouve qu'un immeuble semblable appartient à un individu portant le même nom que le vendeur, et que cet immeuble de même nature est libre de toute charge. Le conservateur délivre un certificat négatif et l'acquéreur qui a payé sur la foi de ce certificat peut être obligé de payer une seconde fois, si par hypo-

thèse la parcelle qu'il a acquise était hypothéquée antérieurement ; de là recours contre le conservateur.

Ces résultats fâcheux sont aggravés par l'insuffisance des désignations d'immeubles dans les bordereaux d'inscription, la loi se contentant de l'indication de l'espèce et de la situation des biens.

Tels sont les inconvénients les plus graves, et ils suffisent pour légitimer le désir de voir s'accomplir une réforme sur ce point important. Pour faire disparaître ces défectuosités, il faudrait établir un système ayant un mode certain de désignation des immeubles et empêchant toute confusion de personnes ou d'immeubles.

Les propositions de réforme n'ont pas manqué, sur ce point, comme sur tous les autres, et nous ne pouvons que nous borner à examiner les principales.

La première à relever émane de M. Loreau dont nous avons déjà examiné le travail à propos de la question des hypothèques légales. Pour cet auteur, la base de la publicité hypothécaire peut se trouver dans le cadastre parcellaire. La désignation de chaque parcelle par le numéro qu'elle porte sur le plan et la matrice cadastrale assure l'identité des propriétés. Pour que l'on puisse se servir du cadastre, il faut tenir les plans parcellaires au courant des mutations opérées ; aussi M. Loreau propose de réunir la conservation des hypothèques au bureau de l'enregistrement, dont les préposés seraient en même temps chargés de la tenue à jour du cadastre.

Pour arriver à ce but, il propose d'établir dans chaque bureau d'enregistrement ce qu'il appelle « le Répertoire de la contribution foncière et des formalités d'enregistrement et d'hypothèque. » Dans ce répertoire se trouveront réunis : 1° l'état civil de chaque possesseur d'immeuble ; 2° l'extrait des rôles de ré-

partition de la contribution foncière (1) ; 3° tous les mouvements de la propriété : aliénations, acquisitions, antichrèses et baux, inscriptions hypothécaires, saisies immobilières, etc. Les immeubles sont désignés à ce répertoire d'après le cadastre et de la même manière que dans les matrices de rôles.

On le voit, c'est la matrice cadastrale qui est la base de ce système. Au bureau de la conservation sera déposé l'atlas cadastral sur lequel chaque parcelle distincte sera indiquée par un numéro. Les bordereaux d'inscription indiqueront l'immeuble grevé par ce numéro de l'atlas cadastral. Ils seront inscrits et portés à leur date sur le registre des formalités, et en outre, sur un registre à part, chaque parcelle aura son compte ouvert indiquant les numéros des inscriptions qui la concernent.

Telle est dans ses grandes lignes la physionomie du système de M. Loreau. Doit-il, comme le prétend son auteur, faire cesser toute confusion de personnes dans les livres de la conservation ? A première vue les indications détaillées exigées sur la capacité des individus peuvent le faire croire, mais il faut remarquer que cette certitude repose sur la règle, soumettant les parties à la nécessité de présenter aux officiers publics un certificat portant toutes ces indications, or l'exigence de la présentation de ces certificats serait impraticable et vexatoire. Quant à la combinaison proposée du cadastre et du régime hypothécaire pour donner toute certitude aux tiers elle est insuffisante si on ne pose la règle que tout individu désigné comme propriétaire par le cadastre et le répertoire hypothécaire est présumé de droit propriétaire à l'égard des tiers de bonne foi.

(1) M. Loreau désigne sous ce titre toutes les communes où se trouvent les immeubles du propriétaire.

Un autre auteur M. Robernier (1) part d'un point de vue différent de celui de M. Loreau, à son avis le cadastre tel qu'il existe ne constate que le fait et ne constitue pas le droit. La preuve de la propriété étant d'une grande difficulté, il propose la combinaison de la preuve matérielle et de la preuve littérale, de l'abornement et du titre.

Le *conservateur des droits réels* doit d'après ce système tenir trois registres constituant le *terrier perpétuel.*

Ce sont : 1° *Le parcellaire général* réunissant la totalité des parcelles de l'arrondissement dans un ordre qui prévienne la confusion. Chaque commune a son chapitre distinct selon son rang alphabétique, ce chapitre est divisé en quatre séries, et l'ordre des parcelles est déterminé par la progression ascendante du premier nombre de leur désignation (2). Le parcellaire général indique aussi les nom, prénoms, surnoms, profession et domicile du propriétaire, mais c'est dans le second registre que ces indications sèront plus détaillées.

2° *Le registre alphabétique des contenanciers.* Ce

(1) De la preuve du droit de propriété en matière d'immeubles.

(2) Dans le système de M. Robernier, les plans graphiques sont remplacés par des plans numériques. Ce système consiste à déterminer la distance du sommet des angles de chaque parcelle à la méridienne du lieu et à sa perpendiculaire, rattachant ainsi la parcelle elle-même à un objet immuable et connu de tous qu'on placera au point d'intersection des deux lignes magistrales. Comme il suffit pour faire connaître la situation d'un polygone rectiligne, d'indiquer la situation respective des points angulaires de ce polygone, voici comment sera désignée chaque parcelle au plan numérique : on y portera l'énoncé des distances qui séparent le sommet de chacun de ses angles de la méridienne du lieu et de sa perpendiculaire, en d'autres termes des degrés de longitude et de latitude communales de tous ses points angulaires. La désignation se composera ainsi d'une série de termes numériques de deux chiffres chacun en nombre égal à celui des angles rentrants et saillants de la parcelle.

registre est destiné à fournir les éléments nécessaires à la constatation de l'identité des propriétaires. En conséquence un chapitre spécial est ouvert dans ce registre à chaque contenancier, en tête de ce chapitre on notera les nom, prénoms, surnoms, professions ancienne et actuelle du propriétaire, son domicile, le lieu et la date de sa naissance, les nom et prénoms de ses père et mère, on indiquera ensuite dans l'ordre des acquisitions la liste des parcelles dont la personne désignée est propriétaire dans l'étendue de la même circonscription. Les parcelles étant déjà indiquées au parcellaire général, on les indiquera au registre alphabétique par le nom de la commune, les initiales de la région et le numéro d'ordre sous lesquelles elles sont inscrites au parcellaire, grâce à ces indications sommaires il sera facile de retrouver la parcelle avec ses développements numériques dans le premier registre.

3° *Le registre journal ou des dépôts*, sur ce journal le conservateur des droits réels mentionne jour par jour la remise des actes et contrats susceptibles d'être soumis à la conservation, et y consigne une analyse sommaire de ces actes.

Ces registres une fois établis, M. Robernier prétend faire marcher parallèlement le terrier et les transmissions immobilières, sans avoir besoin de modifier à chaque mutation les plans cadastraux. C'est pour résoudre ce problème de la conservation du cadastre par la perpétuité et la permanence des opérations cadastrales que l'auteur a abandonné le système de plans graphiques. Pour arriver à son but il pose deux principes : d'une part toute transmission d'immeubles territoriaux, opérée à quelque titre que ce soit, doit être constatée par acte public, d'autre part, les officiers publics doivent dans ces actes désigner les fonds ruraux par le nouveau mode. Enfin, dans le cas de

mutations par morcellement de parcelles, il imagine un système de séries de lettres fractionnelles très ingénieux, mais qui paraît d'une rare difficulté d'application.

L'état de la propriété foncière étant ainsi établie aux yeux de M. Robernier sur des bases absolument sûres, il s'occupe des besoins hypothécaires, et c'est par les mêmes procédés qu'il réalise la publicité des droits réels.

Sur les registres du terrier, sont portées toutes les constitutions d'hypothèque de la manière suivante. Au registre-journal ou des dépôts, le conservateur reproduit par copie littérale tous les bordereaux constatant les droits immobiliers qui affectent un immeuble. La dernière colonne du Parcellaire général indique les numéros du registre des dépôts sous lesquels les inscriptions doivent être retrouvées. En outre, le registre alphabétique des contenanciers contient dans une seconde partie de la feuille que nous avons étudiée plus haut des indications personnelles et réelles. Les indications personnelles résument les actes modifiant l'état et la capacité du propriétaire, interdiction, mariage, tutelle, quant aux indications réelles, elles consistent à rappeler en regard de chaque parcelle les numéros des inscriptions au registre des dépôts avec l'indication de la date des inscriptions et du montant de la créance.

Par ces moyens de renvois portés au parcellaire et au registre alphabétique, M. Robernier prétend détruire la confusion résultant de l'insertion au registre des dépôts, des bordereaux d'inscription dans l'ordre de leur présentation au bureau du conservateur. On le voit, l'individualisation de l'immeuble est opérée dans ce système par la désignation numérique dans les deux registres.

Ce système mettra-t-il complètement à l'abri de

toute erreur les intéressés qui s'adresseront au conservateur pour connaître la situation hypothécaire d'un bien? M. Robernier fait remarquer que son système permet de se renseigner à la fois sur l'immeuble et sur le nom du propriétaire; en effet, par le rappel dans le parcellaire du numéro d'insertion du bordereau au registre des dépôts, l'inscription repose sur l'immeuble et de même elle est rapprochée de la personne par la même désignation au registre alphabétique. Dans ces conditions il ne sera plus nécessaire de connaître le nom du débiteur et on obtiendra facilement du conservateur des droits réels un état portant l'universalité des charges pesant sur l'immeuble à quelque époque, par quelque personne et à quelque titre qu'elles aient été imposées.

Ce système dont nous nous sommes efforcés de faire un exposé aussi succinct et aussi clair que possible, peut paraître offrir la solution du problème posé, au moins théoriquement, mais son application pratique paraît rencontrer de graves obstacles.

D'abord l'indication numérique des parcelles est une innovation de nature à entraîner les plus grandes obscurités. Il sera difficile de se reconnaître dans des indications telles que celles-ci :Commune de X, région sud-est. | 186,50-930,15 | | 213,20-819,30 | | 230,60 812,15 | etc., rien ne sera plus fréqusnt qu'une erreur dans les chiffres. En outre en pratique, le plan numérique ne pourra remplacer un plan graphique, celui-ci est compris même par des gens peu lettrés, tandis que les propriétaires ne comprendront rien au plan numérique, perdus au milieu de tant de chiffres auxquels ils ne reconnaitront rien. En outre les moyens de réaliser le terrier perpétuel, c'est-à-dire la conservation du cadastre par la permanence et la perpétuité des opérations cadastrales, peuvent être difficilement regardés comme suffisants.

Les deux projets que nous venons d'exposer ne sont que des conceptions personnelles n'ayant d'autre valeur que celle qui peut s'attacher au savoir de leurs auteurs. Ils sont restés à l'état de propositions sans passer par le creuset de l'expérience. Notre intention est d'examiner des systèmes qui fonctionnent en réalité et de l'examen desquels on peut tirer par conséquent plus d'enseignement.

D'abord en Hollande, la conservation des hypothèques est réglée par deux arrêtés royaux des 1er août 1828 et 8 août 1838.

Les registres employés dans les conservations sont 1° un registre journal équivalent à notre registre des dépôts. 2° Deux registres auxiliaires remplaçant les registres d'inscription et de transcription. 3° Deux registres généraux. L'un de ces registres généraux est destiné à recevoir les inscriptions des droits réels et des hypothèques, l'autre les possessions de dîmes et rentes foncières.

La base du système hollandais est le cadastre parcellaire. Tout le territoire est levé sur des plans représentant les parcelles. Elles sont indiquées par communes dans l'ordre numérique sur un tableau indicatif, et en outre dans une matrice sous le nom de chaque propriétaire.

Les mutations successives des parcelles amenant le désaccord entre ces diverses pièces, le législateur hollandais a organisé la conservation du cadastre confiée aux préposés à la conservation hypothécaire, pour tenir les diverses parties du cadastre en harmonie avec la réalité des choses. Par les soins de ces préposés, le plan parcellaire est tenu au courant des changements survenus au sol. Pour cela on laisse intacts les plans primitifs et on trace sur des plans supplémentaires les parcelles modifiées. Toute parcelle modifiée est rayée sur le tableau indicatif et reportée

(sous un nouveau numéro) à la suite de la dernière parcelle inscrite.

Pour réaliser une inscription ou une transcription, le conservateur procède de la manière suivante. Après avoir fait l'inscription ou la transcription sur le registre auxiliaire, il les mentionne par extrait dans le registre général au fur et à mesure des actes, sous le nom de chaque propriétaire. A la première colonne sont portés les nom, prénoms, profession, domicile du propriétaire puis la désignation des parcelles sous leur dénomination cadastrale. Dans les autres colonnes sont mentionnées les transcriptions, les inscriptions. Dans la feuille en regard sont mentionnés les droits réels, les stipulations restrictives du droit de propriété. Ce registre qui correspond à notre répertoire est ainsi on le voit un véritable livre terrier offrant un tableau complet de tout ce qui concerne la propriété et l'état hypothécaire des immeubles.

Pour compléter ce système, il existe un registre indicatif des parcelles cadastrales renvoyant au registre général. Ce registre indicatif est dressé par commune et dans l'ordre des numéros des parcelles cadastrales, il contient une colonne dans laquelle on inscrit le numéro des volumes et cases du registre général, dès qu'une parcelle est portée à ce registre.

Enfin il existe une table alphabétique des propriétaires qui renvoie au registre général.

Ce système paraît donc combiner heureusement la tenue des livres hypothécaires sous les noms des propriétaires avec celle qui est basée sur les noms des biens. Avec un tel système on ne peut rencontrer les inconvénients que nous reprochions à notre régime français, il sera facile de se renseigner sur la véritable situation hypothécaire d'un bien et on n'est pas exposé à confondre les noms des propriétaires et à recevoir des certificats incomplets ou erronés. Si l'on

veut connaître l'état des inscriptions grevant telle parcelle, il suffit, connaissant son numéro cadastral, de le chercher au registre indicatif des parcelles qui existe dans chaque commune. Au numéro de la parcelle on trouvera une note renvoyant au registre général par l'indication du volume et de la case où est portée cette parcelle et dans lequel on trouvera le bilan exact de l'actif et du passif de cet immeuble, mais l'application d'un tel système exige la confection d'un cadastre exact et la conservation de ce cadastre par la mise au courant des mutations de ses diverses parties (1).

Nous ne reviendrons pas sur l'exposé détaillé du système allemand que nous avons présenté dans notre deuxième partie. Nous savons que la tenue du *Grundbuch* est basée sur le cadastre, *Grundsteuerbuch*. D'après le modèle I prescrit par l'article 7 de la loi du 5 mai 1872 sur les livres fonciers, chaque immeuble a sa feuille spéciale. Ce mode de tenue des registres fonciers était celui de l'*Hypothekordnung* de 1783 et constitue le véritable type du système allemand. Combiné avec ce principe que la propriété et les droits réels ne s'acquièrent que par une inscription sur les registres fonciers et que tout acte émané du propriétaire inscrit est valable à l'égard des tiers de bonne foi, ce système donne au prêteur et à l'acquéreur une sûreté complète. Il procure la certitude du droit de propriété et la connaissance des hypothèques et des droits réels grevant un immeuble. Nul besoin de connaître le nom du propriétaire, nulle crainte de confusion ou d'erreur sur ce nom, celui qui désire connaître la situation hypothécaire d'un bien n'a qu'à donner au *Grundbuchrichter* l'article et le numéro sous lesquels ce bien est inscrit au cadastre et il reçoit immédia-

(1) Voir l'article de M. Bachine, conservateur des hypothèques à Amsterdam, dans la *Revue de législation*, 1845, p. 157.

tement et sans erreur possible un état complet de la situation de cet immeuble.

Un tel système paraît donc aller à l'encontre de toutes les objections, il procure la certitude absolue de l'immeuble et du propriétaire. Quelles sont donc les raisons qui en font généralement rejeter chez nous l'application?

Tout d'abord l'application du régime hypothécaire allemand obligerait à modifier certains principes de notre Code civil sur l'acquisition de la propriété, la clandestinité des hypothèques légales, le caractère des fonctions des conservateurs des hypothèques. Puis les difficultés pratiques.

On soutient que le morcellement excessif de la propriété foncière, la facilité et la fréquence des mutations constituent un obstacle infranchissable. La nécessité d'ouvrir à chaque parcelle un compte distinct sur une feuille séparée du registre foncier ferait de nos registres hypothécaires de véritables montagnes. La division du sol créerait une complication énorme d'écritures, puisque chaque bien hypothéqué ou aliéné exige une inscription spéciale au registre. Plus la propriété est divisée, plus la tenue des registres est difficile et plus les erreurs se multiplient.

Les adversaires du système allemand ajoutent que les difficultés d'application du système ont été si bien senties en Prusse, dans les régions où la propriété va se décomposant en parcelles, que la loi de 1872 elle-même prévoit à coté de l'ancien mode de tenue du *Grundbuch* un modèle différent destiné à donner satisfaction à ce besoin. Ce nouveau modèle qui consiste à grouper sous le nom de chaque propriétaire et dans la même feuille toutes les parcelles qu'il possède, simplifie beaucoup la tenue des registres. Chaque parcelle portée sous le nom d'un

propriétaire est indiquée par son numéro au cadastre, il est dès lors facile à l'aide de renvois du cadastre au livre foncier de trouver tous les renseignements dont on a besoin sur l'immeuble sans connaître le nom du propriétaire. Ce système des *Personalfolien* introduit par la loi de 1872 bien qu'inférieur au point de vue de la publicité au système des *Réalfolien* de *l'Hypothekordnung* de 1783 constitue néammois un progrès immense sur notre système, mais la difficulté de son application serait dans sa base. Il ne fonctionne que grâce à un cadastre régulièrement fait et tenu au courant, tandis que notre cadastre ne peut servir de base à un tel système.

Il nous reste enfin à examiner, pour complèter notre étude, un système qui, s'inspirant du régime allemand, contient dans son application des modifications hardies, nous voulons parler du *Réal property Act* de sir Robert Torrens plus connu sous le nom d'*Act Torrens* (1).

Ce régime fut adopté en 1858 dans la colonie de l'Australie du Sud, étendu aux colonies voisines Nouvelle Galles du Sud, Victoria Quensland, etc., et appliqué dans ces dernières années à la Tunisie. Notre intention est d'exposer rapidement le système en nous attachant spécialement à l'organisation des registres.

Dabord remarquons que l'*Act Torrens* offre ce caractère particulier d'être une loi facultative, le propriétaire est libre de demander ou non l'immatriculation de sa propriété sur le registre foncier, et on compte sur les avantages qu'il trouvera dans le nouveau système pour l'y amener. Tout propriétaire donc qui veut se soumettre au régime du *Real property Act* doit présenter une désignation tout a fait précise de sa

(1) Voir article de M. Gide, *Bulletin de la Société de législation comparée* 1886, p. 288.

terre. Cette condition est réalisée par l'adjonction à la demande d'immatriculation, d'un plan dressé par des géomètres officiels. Ce plan et la demande d'immatriculation indiquant tous les droits et charges grevant l'immeuble sont envoyés au *Registrar général* (directeur de l'enregistrement), qui les examine avec l'aide de jurisconsultes et fait, s'il y a lieu, comparaître devant lui le propriétaire. Si le *Registrar général* accueille la demande comme fondée, des annonces sont faites dans les journaux et il y a un délai d'un mois au moins et de trois ans au plus pour permettre aux réclamations des intéressés de se produire. Le délai expiré, la propriété est purgée de toutes les charges qui ne se sont pas dévoilées.

Il est alors rédigé deux exemplaires d'un certificat contenant la description de l'immeuble avec le plan en marge, au verso sont portées toutes charges, hypothèques, baux, etc... L'un de ces exemplaires est remis au propriétaire à qui il sert de titre et l'autre conservé par le *Registrar général* forme le folio numéroté du registre foncier. Une fois le titre immatriculé et le propriétaire en possession de son certificat, son droit de propriété est inattaquable. Si l'on a enregistré un propriétaire autre que le vrai, tant pis pour celui-ci, il n'a qu'une action en dommages et intérêts contre l'administration (1). Pour payer ces frais, il est constitué un fonds d'assurance, alimenté à l'aide d'une légère redevance payée par tout propriétaire qui se soumet au *Real property Act*. Ceux qui traitent avec le propriétaire qui a son titre en main ont une sécurité absolue.

On le voit, ce système se rapproche beaucoup du système allemand mais sa caractéristique est la rédaction du double certificat et la remise d'un de ces

(1) Il n'a même pas comme dans le système allemand une action en dommages-intérêts, contre le propriétaire inscrit.

doubles au propriétaire. Cette innovation est destinée à faciliter les transactions, en dispensant les intéressés de l'obligation d'aller se renseigner au registre foncier et en leur mettant sous la main dans ce certificat toutes les indications nécessaires. En effet ce titre doit être toujours l'image exacte du registre foncier, on doit y faire mention de toutes les inscriptions qui sont ultérieurement portées sur les registres.

Nous laisserons de côté les formalités à observer pour les ventes et les constitutions d'hypothèques étrangères à notre sujet et le mécanisme général du système Torrens nous étant connu ; nous reviendrons à l'organisation du registre foncier objet de notre étude.

Comme nous l'avons vu, le propriétaire qui veut l'immatriculation de sa terre doit en faire lever le plan à ses frais par un arpenteur breveté. Pour que le plan de cette propriété permette de la reconnaître, il faut qu'il se rattache à un plan d'ensemble du territoire que l'on ne peut demander aux propriétaires d'établir. Il faut donc pour la base du système Torrens un cadastre établi par l'Etat, mais ce cadastre peut être très simple. On commence par délimiter de grands territoires, puis cette opération terminée, on choisit dans chaque région des points de repère. C'est là tout ce qu'exige la confection du plan cadastral d'ensemble, sur lequel viennent se grouper successivement les immeubles immatriculés. La base du système ainsi établie, chaque immeuble est désigné par le numéro cadastral et a son compte ouvert sur un feuillet spécial du régistre foncier. Sur ce feuillet sont inscrits tous les actes modifiant la condition juridique du bien. C'est l'application pure et simple du système allemand.

Le système Torrens pourrait-il être appliqué à la France? On le soutient et on dit qu'il produirait les plus heureux résultats au point de vue de la publi-

cité? Nous ne le nions pas, mais nous nous contentons de faire remarquer qu'il serait au préalable nécessaire de mettre nos lois en harmonie avec le système nouveau; ainsi il serait nécessaire de décider que le propriétaire soumis au régime nouveau et inscrit sur les registres, serait propriétaire *erga omnes*, il faudrait exiger la publicité et la spécialité des hypothèques légales, comme le fait justement remarquer M. Gide (1) « l'emploi facultatif du système Torrens aggraverait la difficulté, on peut bien admettre que les immeubles soumis au régime Torrens soient régis par une législation spéciale, mais il est inadmissible qu'il en soit de même de leurs propriétaires, par exemple qu'ils soient soustraits aux effets des hypothèques légales de leurs femmes et de leurs pupilles, ce serait créer une loi spéciale pour eux. » La première condition de l'adoption d'un régime analogue au système Torrens est donc la réfection de notre Code.

Puis les difficultés d'application pratique résultant du morcellement de la propriété sont les mêmes que celles que nous avons signalées pour le système allemand.

Il est vrai que d'autre part on présente l'adoption du système Torrens en France comme un moyen de refaire notre cadastre sans dépense ni difficulté. On exigerait de chaque propriétaire qui veut se soumettre au régime Torrens qu'il fît dresser à ses frais par un géomètre assermenté le plan de son immeuble, en se référant aux indications du cadastre et en les modifiant s'il y a lieu. De la sorte le cadastre de chaque commune serait réformé par pièces aux frais des propriétaires indemnisés par les avantages qu'ils retireraient du nouveau système. Ce cadastre ainsi refait serait tenu au courant à l'aide des modifications que l'on ferait subir au plan à chaque mutation.

(1) *Loco citato*, p. 329.

Ce qui ressort au point de vue qui nous occupe, de l'examen de ces trois systèmes pratiques, hollandais, allemand, Torrens, c'est qu'ils ont pour base le cadastre. Et cela nous autorise à dire que la base la plus solide d'un bon système de publicité hypothécaire est dans un plan cadastral tenu en concordance avec les registres fonciers. Cela nous paraît incontestable en théorie, nous ne reprendrons pas tous les avantages que nous avons assez longuement examinés, nous les résumerons simplement en deux mots.

Ce système donnerait la certitude sur les immeubles et ferait disparaître l'incertitude sur les personnes.

Si cette idée de l'utilisation du cadastre comme complément des registres hypothécaires est reconnue en théorie, on recule devant son application à cause des difficultés pratiques.

Voyons en effet dans l'état actuel des choses, si son application est possible et pour cela quels renseignements peut fournir aujourd'hui notre cadastre ?

Le cadastre décrété en 1791 commença en 1808 sous l'impulsion de Napoléon qui voulait le faire servir à l'impôt et à la propriété. Le cadastre se compose dans chaque commune de trois pièces.

1° Le plan parcellaire, qui est la reproduction du terrain avec ces divisions.

2° L'état de section, qui sert de légende au plan et sur lequel sont indiqués le nom du propriétaire, la situation, la nature, la contenance et le revenu imposable de chaque parcelle.

3° La matrice, qui, outre les mêmes détails contient les noms de tous ceux par les mains desquels passe successivement la propriété.

Le cadastre pour donner une certitude absolue

devrait être l'image fidèle de la propriété. Or, notre cadastre n'offre pas cet avantage, le plan parcellaire fut levé par les géomètres conformément à la jouissance apparente et présumée des propriétaires qui furent seulement appelés *ex postfacto,* au point de vue donc de la preuve de la propriété le cadastre laisse beaucoup à désirer.

Mais son principal vice est dans l'absence d'organisation d'une conservation cadastrale. Il aurait fallu trouver un moyen de maintenir les trois pièces cadastrales d'accord avec les mouvements de la propriété. Cela n'eut pas lieu, les plans et les états de section qui leur servaient de légendes restèrent immuables, les matrices étant incessamment surchargées des noms des nouveaux propriétaires. Aucune conservation n'étant organisée pour tenir les plans, états de section et matrices d'accord avec les mouvements de la propriété, il s'en suivit que le morcellement de la propriété non constaté en arriva à enlever au cadastre toute régularité et toute foi. Ce résultat fut du reste prévu dès les premières années de la confection du cadastre et en 1819 un orateur disait à la Chambre des députés : « mal entendu, mal organisé, le cadastre tombera de lui-même avant peu. » Cette prédiction s'est réalisée.

Le cadastre n'était pas terminé que des plaintes s'élevaient déjà dans les départements les plus anciennement cadastrés. Le Gouvernement, se préoccupant de ces plaintes, fit nommer des commissions, qui présentèrent des projets sans issue.

En 1841, le ministre des finances autorisa la réfection du cadastre dans les cantons cadastrés depuis trente ans, mais cette réfection n'aurait pu présenter qu'une utilité temporaire, puisque, comme pour le premier cadastre, ce second travail ne serait pas tenu

au courant des mutations. Le projet du ministre, soumis à la Chambre des députés, fut repoussé.

Pendant les années suivantes, le Gouvernement, malgré les plaintes de la Commission du budget, ne présenta pas de projet. Enfin, en 1846, sur la demande du ministre, la Chambre vota des fonds pour la mise à essai d'un projet de renouvellement et de conservation du cadastre que préparait le Gouvernement.

La Révolution de 1848 survenant, entrava cette nouvelle tentative. La loi de 1850 intervint pour autoriser les Communes à renouveler le cadastre à leurs frais ; cette loi ne produisit pas de résultat utile.

La question du renouvellement du cadastre fut de nouveau agitée devant le Parlement en 1866, et à propos de pétitions tendant à la révision cadastrale, M. le président Bonjean prononça, au Sénat, dans la séance du 6 avril 1866, un remarquable discours, relatant l'état de la question et faisant ressortir les avantages qui résulteraient pour le crédit réel, de la réfection de notre cadastre. Malgré les efforts de l'éminent président, la question ne fit pas un pas, et aujourd'hui encore, selon l'énergique expression de M. Bonjean, « le cadastre ne trouve pas sa place dans nos lois civiles, et se traîne dans l'ornière fiscale, où l'avait placé la loi du 28 août 1791. »

En un tel état de choses on ne peut songer à se servir de notre cadastre pour en faire la base de l'organisation des registres hypothécaires, mais faut-il s'enterrer dans le *statu quo* et se refuser à chercher le progrès sous le prétexte qu'une entreprise de ce genre offre de graves difficultés ? Nombre d'excellents exprits ne le pensent pas et tel est aussi notre avis, il faut procéder à la réfection du cadastre et surtout une fois en possession d'un cadastre exact, se tenir régulièrement au courant des mutations survenues.

C'est là, nous en convenons, une entreprise qui peut

effrayer, si l'on songe surtout, aux sommes considérables que doit coûter cette réfection, mais nous ne désespérons pas de voir réaliser ce problème difficile. Les avantages considérables que le crédit réel pourrait retirer de cette réforme seront à un moment donné un stimulant pour les pouvoirs publics soucieux de la prospérité nationale.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Positions prises dans la thèse

I. — L'hypothèque est d'origine romaine.

II. — L'hypothèque ne fut jamais publique à Rome.

III. — Justinien n'a pas méconnu la règle de l'indivisibilité de l'hypothèque en créant sur les biens de la succession une hypothèque légale au profit des légataires, dans la mesure seulement des parts héréditaires et l'avantage de l'exactitude sur ce point appartient à la législation romaine et non à la nôtre.

IV. — La loi 22, Digeste, livre XX, titre 1, et la loi 41 Digeste, livre XIII, titre 7 sont inconciliables.

Positions prises hors la thèse

V. — Le *jus distrahendi* ne devint de l'essence de l'hypothèque que sous Justinien.

VI. — Le débat dans l'interdit Salvien portait exclusivement sur la possession, on n'y examinait pas la validité de la constitution du gage.

VII. — La *minima capitis deminutio* n'impliquait pas nécessairement un amoindrissement de la capacité antérieure.

VIII. — La formalité de l'insinuation diffère de la loi Cincia en ce qu'elle a été introduite non pas uniquement en vue de protéger le donateur, mais surtout en vue d'assurer la publicité des donations et de fortifier le crédit public.

DROIT CIVIL

Positions prises dans la thèse

I. — En cas de plusieurs ventes successives, la transcription de son contrat par le dernier acquéreur n'arrête pas le cours des inscriptions au profit des créanciers hypothécaires des précédents vendeurs, quand les autres ventes n'ont pas été transcrites.

II.—Les renonciations, même purement abdicatives, à l'hypothèque légale de la femme mariée, doivent être publiées conformément à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

III. — Les héritiers mineurs d'une femme mariée doivent prendre inscription de l'hypothèque légale de leur mère dans l'année qui suit la dissolution du mariage, alors même qu'ils seraient sous la tutelle légale de leur père.

IV. — Le renouvellement de l'inscription n'est plus nécessaire après le jugement d'adjudication au cas d'expropriation forcée et à partir des notifications à fin de purge au cas d'aliénation volontaire.

DROIT CIVIL

Positions prises hors la Thèse

I. — Le droit de retour de l'ascendant donateur ne peut pas s'exercer sur les biens acquis en échange, emploi ou remploi des biens donnés.

II. — La séparation des patrimoines n'est pas un privilège au sens légal du mot.

III. — Le mari qui procure à sa femme le remploi d'un propre aliéné fait acte de gestion d'affaire.

IV. — Les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent que par la prescription de trente ans.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. — Le fonctionnement du régime parlementaire nécessite deux Chambres.

II. — L'Assemblée nationale réunie en congrès conformément à l'article 8 de la loi du 25 février 1875 n'a qu'un pouvoir limité de révision.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — La loi du 23 mars 1855 n'a pas dérogé à la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

ENREGISTREMENT

I. — La dette des droits de mutation est dette de la succession.

Vu :
Le Président,
E. ALGLAVE

Vu *par le Doyen :*
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :
GRÉARD.

ERRATA

PAGES	LIGNES	NOTES	
4	29	.	Au lieu de : *le* lire *les*.
31	8	.	Au lieu de : *naturelle* lire *naturelles*.
31	9	.	Au lieu de : *régénérescence* lire *dégénérescence*.
31	11	.	Au lieu de : *tenant* lire *venant*
33	6	.	Au lieu de : *fidejusso* lire *fidejussor*.
39	5	.	Au lieu de : *nu-propritê* lire *une-propriété*.
43	27	.	Au lieu de : *conventionelle* lire *conventionnelle*.
44	13	.	Au lieu de : *n'avions* lire *n'avons*.
45	7	.	Au lieu de : *moyon* lire *moyen*.
50	21	.	Au lieu de : *facilio* lire *facilior*.
59	6	.	Au lieu de : *l'hypothèque* lire *hypothèque*.
94	22	.	Au lieu de : *2 prairial an IX* lire *2 prairial an IV*.
126	26	.	Au lieu de : *ont* lire *on*.
139	1	.	Au lieu de : *en produisant* lire *ne produisant*.
175	17	.	Au lieu de : *cassation* lire *cessation*.
192	22	.	Au lieu de : *circonstance* lire *circonstances*.
196	36	.	Au lieu de : *du* lire *des*.
204	18	.	Au lieu de : *Gebeaudsteuer* lire *Gebaudesteuer*.
212	..	1	Au lieu de : *Laudrecht* lire *Landrecht*.
215	8	.	Au lieu de: *ou* lire *on*.
215	..	1	Au lieu de : *bewilligit* lire *bewilligt*.
221	4	.	Au lieu de: *existente* lire *existante*.
227	..	1	Au lieu de : *prussischen* lire *preussischen*.
227	..	1	Au lieu de : *Gruddeigenthum* lire *Grundeigenthum*.
231	19	.	Au lieu de: *Grundstückr* lire *Grundstück*.
232	18	.	Au lieu de : *éfablissement* lire *établissement*.
257	26	.	Au lieu de : *fréqusnt* lire *fréquent*.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE LA CONSTITUTION DE L'HYPOTHÈQUE

INTRODUCTION 1
CHAPITRE Ier. — De la nature du droit d'hypothèque . . 20
CHAPITRE II. — Conditions requises pour l'existence de l'hypothèque. 28
SECTION Ire. — De la créance garantie par l'hypothèque 28
SECTION II. — De l'objet sur lequel peut porter l'hypothèque. 36
CHAPITRE III. — Établissement du droit d'hypothèque . . 45
SECTION Ire. — De l'hypothèque établie par la convention 46
§ I. — Qui peut constituer une hypothèque. . 47
§ II. — Au profit de qui peut être constituée une hypothèque. 55
§ III. — De la convention d'hypothèque. 57
SECTION II. — De l'hypothèque établie par testament. 60
SECTION III. — De l'hypothèque établie par l'autorité du magistrat 61
§ I. — *Du pignus prætorium*. 62
§ II. — *Du pignus in causa judicati captum*. . 68
SECTION IV. — De l'hypothèque établie par la loi. . . . 71
§ I. — Hypothèques légales spéciales 73
§ II. — Hypothèques légales générales 74
§ III. — Hypothèques légales privilégiées 76



DROIT FRANÇAIS

ÉTUDE SUR LA PUBLICITÉ DES HYPOTHÈQUES

dans les législations française et prussienne

Ire PARTIE

LÉGISLATION FRANÇAISE

INTRODUCTION. 79
Ancien droit français 79
Droit intermédiaire 89
Code civil 97
CHAPITRE Ier. — PUBLICITÉ DE L'HYPOTHÈQUE EN GÉNÉRAL 102
SECTION Ire. — Mesures préparatoires de la publicité. 103
§ I. — Qui peut requérir l'inscription 103
§ II. — A quelle époque peut-être requise l'inscription ? 105
I. — A partir de quel moment?. 105
II. — Jusqu'à quel moment ? 106
A. — Faillite du débiteur. 109
B. — Acceptation de la succession du débiteur sous bénéfice d'inventaire . . 113
§ III. — Formalités de la réquisition. 114
SECTION II. — Réalisation de la publicité. 116
§ I. — Où doit être prise l'inscription 117
§ II. — Formalités de l'inscription. 118
A. — Formalités intrinsèques 118
B. — Formalités extrinsèques. 128
§ III. — Publicité des registres. 131
SECTION III. — Effets de la publicité. 133
1°. — Réalisation définitive de l'hypothèque vis-à-vis des tiers. 133
2°. — Fixation du rang. 134

3°. — Conservation des intérêts de la créance pendant un certain temps. 136
4°. — Conservation du rang de collocation pendant dix ans 139
A. — Quels sont les motifs et l'utilité du renouvellement. 140
B. — Quelle est l'étendue de l'obligation de renouvellement. 141
C. — Comment s'effectue le renouvellement. 146
D. — Quels sont les effets du renouvellement 147
CHAPITRE II. — Des exceptions a la publicité. . . . 148
§ I. — Hypothèques dispensées d'inscription. 152
§ II. — Mesures prises pour assurer l'inscription 154
CHAPITRE III. — Réforme hypothécaire. 160
CHAPITRE IV. — Modifications apportées au code civil par la loi du 23 mars 1855. 167
Section Ire. — De la transcription dans ses rapports avec la publicité des hypothèques 168
I. — Aliénation volontaire. 170
II. — Expropriation forcée. 171
III. — Expropriation pour cause d'utilité publique. 172
IV. — Aliénations qui échappent à la transcription. 172
Section II. — De la publicité des hypothèques des incapables après la cessation de l'incapacité 175
I. — Qui doit après la cessation de l'incapacité rendre publiques les hypothèques légales des incapables? 176
II. — Dans quels délais les inscriptions doivent-elles être prises ? 179
III. — Sous quelle sanction doivent être prises les inscriptions ? 180
Section III. — De la publicité des subrogations à l'hypothèque légale de la femme. 181
I. — Dans quels cas cette subrogation doit être rendue publique? 182
II. — En quelle forme cette subrogation doit être rendue publique? 185
III. — Sous quelle sanction cette subrogation doit être rendue publique ? 188

IIᵉ PARTIE

LÉGISLATION PRUSSIENNE

INTRODUCTION. 191
Aperçu de l'ensemble de la législation prussienne sur l'acquisition de la propriété et des hypothèques 191
CHAPITRE Iᵉʳ. — DES FORMALITÉS PRÉLIMINAIRES DE L'INSCRIPTION. 210
SECTION II. — Qui peut faire la demande d'inscription 211
I. — Demande faite par le propriétaire . . 211
II. — Demande faite par le créancier. . . . 212
III. — Demande faite par une autorité compétente 218
SECTION II. — Formes de la demande d'inscription. . 218
§ I. — Que doit contenir la demande d'inscription? 218
§ II. — A quelle époque doit être faite la demande d'inscription? 220
§ III. — Où et comment se fait la demande d'inscription? 221
SECTION III. — De la prénotation. 224
CHAPITRE II. — DE LA RÉALISATION DE L'INSCRIPTION. . 228
SECTION I. — De la forme des livres fonciers 229
§ I. — Tenue du *Grundbuch* d'après le formulaire Iᵉʳ. 234
§ II. — Tenue du *Grundbuch* d'après le formulaire II 236
SECTION II. — Formalités de l'inscription 238
CHAPITRE III. — EFFETS DE L'INSCRIPTION. 243

APPENDICE

1° Clandestinité des hypothèques légales 244
2° Organisation des registres hypothécaires. 249

POSITIONS. 271

10165 — IMPRIMERIE RÉGIONALE, Dijon. — Directeur : J. CHEVALIER.



IMPRIMERIE RÉGIONALE
DIJON

Directeur : J. CHEVALLIER

1888
4

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

ÉTUDE HISTORIQUE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

SUR LA

PROTECTION DE L'ENFANCE

ET LA CONDITION

DES ENFANTS TROUVÉS, ABANDONNÉS ET INDIGENTS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Joseph DUBOIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

TYPOGRAPHIE FIRMIN-DIDOT ET Cie,

MESNIL (EURE).

1888.

ÉTUDE HISTORIQUE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

SUR LA

PROTECTION DE L'ENFANCE.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

TYPOGRAPHIE FIRMIN-DIDOT. — MESNIL (EURE).

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

ÉTUDE HISTORIQUE

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

SUR LA

PROTECTION DE L'ENFANCE

ET LA CONDITION

DES ENFANTS TROUVÉS, ABANDONNÉS ET INDIGENTS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE LE MERCREDI 27 JUIN 1888 A 1 HEURE 1/2

PAR

Joseph DUBOIS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

Président : M. LEFEBVRE, Professeur.

Suffragants : MM. LABBÉ, BEUDANT, CAUWÈS, Professeurs.

TYPOGRAPHIE FIRMIN-DIDOT ET CIE,

MESNIL (EURE).

1888.

A MON PÈRE.

Je suis d'autant plus heureux, suivant un vieil et touchant usage, d'inscrire ici ton nom, que cela me permet de répondre au reproche qu'on pourra me faire d'avoir, dans cette thèse, manqué de respect à la puissance paternelle.

Cette puissance, entre tes mains, a été pour moi la source d'un bonheur si constant et si parfait que je ne puis supporter qu'elle soit pour d'autres enfants une cause de souffrance ou de danger. La puissance paternelle, telle que tu la comprends, n'est que l'art de rendre ses enfants le plus heureux possible. Je serais coupable d'ingratitude à ton égard, et me montrerais indigne de ta confiance passée, si je ne continuais à te prouver en toute circonstance que tu n'as pas choisi le moyen le moins bon pour obtenir le respect et la confiance, la soumission et l'estime, la reconnaissance et l'amour.

J. D.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

PRÉFACE I

DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION GÉNÉRALE 1

Grecs 29

CHAPITRE Ier. — Depuis la fondation de Rome jusqu'à la loi des XII Tables 39

CHAPITRE II. — A côté du droit 49

CHAPITRE III. — De l'avortement, de l'exposition et de l'infanticide 63

§ 1. De l'avortement 67

§ 2. De l'exposition et de l'infanticide :

1° jusqu'à Constantin 71

2° de Constantin jusqu'à Justinien 77

§ 3. De la vente des enfants 85

CHAPITRE IV. — Des enfants indigents, exposés et abandonnés.. 87

§ 1. Sort fait aux enfants indigents, exposés et abandonnés. 87

§ 2. Condition juridique des enfants exposés et abandonnés. 92

§ 3. Modifications dont est susceptible la condition des enfants :

1° par le fait des personnes qui ont recueilli l'enfant... 102

2° par le fait des maîtres ou des parents 103

3° par la réclamation des enfants 107

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Pages.

CHAPITRE Ier. — Période barbare 111

CHAPITRE II. — De la persistance des anciennes idées 125

CHAPITRE III. — De la protection des enfants dans la famille et en dehors de la famille 137

§ 1. De l'avortement et de l'infanticide 138

§ 2. Protection diverse des enfants 142

§ 3. De l'exposition et des enfants trouvés 151

PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE.

I. Des enfants trouvés 176

II. Des enfants dans l'état de famille 179

DROIT FRANÇAIS MODERNE.

PREMIÈRE PARTIE.

Protection des enfants sans famille 197

CHAPITRE Ier. — Des enfants recueillis par la charité privée 199

CHAPITRE II. — Des enfants recueillis et assistés par la charité publique.

§ 1. Catégories d'enfants. Admissions 203

§ 2. Séjour des enfants à l'hospice 207

§ 3. Mise en nourrice des enfants. Placement des enfants en apprentissage 208

§ 4. Dépenses et ressources du service 209

§ 5. Tutelle des commissions hospitalières. Inspecteurs .. 214

§ 6. Secours aux filles-mères 223

SECONDE PARTIE.

Protection des enfants dans la famille 227

Droits du père 235

Pages.
Droits des enfants 238
Sanction des obligations de l'art. 203 238
Protection des enfants du premier âge 241
Protection des enfants envoyés dans les écoles, mis en apprentissage, employés à un travail industriel ou dans les professions ambulantes 245
Action du pouvoir judiciaire sur l'exercice abusif de la puissance paternelle 248
Projet du Sénat 252
Projet du gouvernement 253
Projet de la commission voté par le Sénat 254

CONCLUSION 257

FIN.

PRÉFACE.

> « *Enseigner le droit,..... c'est donner, avec et après le sens des lois, leur raison d'être historique et un idéal au delà.* »
>
> (M. Beudant, *Discours* prononcé à la distribution des prix de la Faculté de droit de Paris, le 2 août 1887.)

« Comme les hommes, comme les nations, comme les pays, lisons-nous dans un discours du savant professeur belge, M. Alphonse Rivier (1), les époques ont leurs caractères.... Si je cherche à démêler au milieu des plus surprenants contrastes le caractère intellectuel du dix-neuvième siècle, il me paraît surtout porté à la *comparaison* et à l'*histoire*.

« Par la *comparaison*, poursuit le même auteur, l'antiquité est rajeunie ; ce qui semblait mort renaît, l'histoire devient actualité. »

« L'*histoire*, dit à son tour M. Giraud, est comme un souffle vital qui anime le droit. Isolé de la philosophie et de

(1) Discours de prorectorat, 11 octobre 1875.

l'histoire, le droit n'est plus que la froide analyse d'un texte ou d'un précepte; analyse nécessaire, sans doute, mais insuffisante pour constituer la science. »

La plupart de nos institutions ont aujourd'hui leur histoire; comment se fait-il que celle de la *Puissance paternelle* soit encore à entreprendre (1)?

Le sujet est cependant fait pour tenter.

Prendre la puissance paternelle à l'origine des sociétés, la suivre à travers les progrès de la civilisation, parmi les différents états sociaux des peuples, assister aux transformations de son principe, saisir successivement sur cette matière plastique et toujours changeante l'empreinte de toutes les forces morales qui influent sur les idées et modifient les institutions humaines, étudier les compromis qui, avec plus ou moins de succès, ont été essayés, aux différentes époques, entre les droits des individus, de la famille et de la société et faire pressentir leur conciliation définitive; enfin, à travers l'infinie complexité des faits, montrer l'unité de ce développement, proclamer la loi, le *fatum* de cette évolution : quel admirable cadre, qui n'a que le défaut d'être trop vaste , car il embrasse tout, mœurs, droit, littérature, politique, philosophie, religion!

Cette étude nous avait séduit. Mais en présence des difficultés que nous rencontrions et qui ne tenaient pas toutes au sujet que nous avions la hardiesse d'entreprendre, nous nous sommes rabattu sur un autre sujet à la fois plus restreint

(1) Il est évident que, malgré son titre, l'ouvrage de M. Paul Bernard, couronné par l'Académie en 1861, ne saurait prétendre à combler cette lacune.

et plus étendu, d'ailleurs voisin du premier et tout aussi intéressant.

Une des caractéristiques de notre époque est assurément le mouvement général qui s'est produit en faveur de l'enfance. L'enfance nous paraît d'autant plus intéressante qu'elle est la pépinière de l'avenir et qu'après les tristesses du passé et les désillusions du présent, nous avons besoin de croire à l'avenir et de le préparer meilleur. Elle nous touche d'autant plus qu'elle est plus innocente, plus faible, plus exposée : nous nous y attachons par le besoin même qu'elle a de nous. Notre pitié, à défaut de la justice, suffirait à nous rendre particulièrement chers ces petits êtres qui sont notre raison d'être en ce monde et notre bonheur le moins contestable. Nous avons peine à concevoir que ces sentiments n'aient pas toujours été l'apanage de l'espèce humaine.

Par les temps sombres et moroses où l'esprit troublé se prend à douter du progrès, il est bon de se rappeler le point de départ, bien humble, de l'humanité pour se consoler en revoyant le chemin parcouru. S'il est une étude propre à rassurer nos doutes et à raffermir notre foi, c'est bien de suivre à travers les âges la constitution de la personnalité humaine, de voir de plus en plus la loi proclamer et garantir les droits des individus en tant qu'hommes, en tant que personnes. C'est cette étude que nous allons ébaucher en traitant de la protection de l'enfance, d'autant mieux assurée que la civilisation progresse. Par enfance nous entendons la période pendant laquelle l'enfant ne peut se suffire à lui-même, pendant laquelle il ne saurait se passer d'aide et de soutien.

Les lois positives donnent au père pendant cette période des droits très étroits et très rigoureux sur la personne des enfants. Nous aurons à examiner la protection que les enfants peuvent avoir contre l'exercice abusif de ces droits. Dans les sociétés modernes, ces droits cessent par la majorité; mais dans les sociétés antiques, ces droits se prolongeaient longtemps après que la faiblesse naturelle et le besoin de protection des enfants avaient cessé. Nous serons donc forcé pour le droit romain d'étudier la protection que les enfants même majeurs obtinrent peu à peu contre les excès de la puissance paternelle ainsi entendue. Cette extension de notre champ d'étude ne sera pas inutile d'ailleurs à notre sujet proprement dit, qui est plus spécialement la protection des enfants en bas âge, puisque, comme nous le montrerons, la protection des enfants majeurs a précédé et préparé la protection des nouveau-nés.

Nous aurons à traiter de la protection que l'enfant sans famille doit trouver au sein de la société, et aussi de la protection que l'enfant est assuré de rencontrer dans l'intérieur de sa famille : cette protection, pour être complète, ne doit pas reposer uniquement sur les sentiments du père, ne doit pas être laissée à sa seule conscience et dépendre de son seul bon plaisir. Nous ne sommes plus ici dans le domaine purement moral où chacun est laissé libre de faire ou de ne pas faire. Il y a des droits sacrés, ceux des enfants, qui doivent être respectés : il faut, pour assurer ce respect, une sanction et une contrainte. Nous aurons incidemment à démontrer que cette sanction et cette contrainte, loin d'être une offense aux droits et libertés du père de famille, sont

au contraire parfaitement conciliables avec la puissance paternelle sainement entendue. Nous tâcherons de ne pas trop nous écarter de notre route, mais nous ne nous priverons pas, chemin faisant, de jeter un coup d'œil sur le pays au milieu duquel nous marcherons. Outre que c'est la manière la plus intéressante de voyager, c'est aussi peut-être le meilleur moyen de ne pas s'égarer.

DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION GÉNÉRALE.

Lorsque nous jetons aujourd'hui les regards sur les institutions et les coutumes des antiques sociétés, nous nous exposons, si nous les jugeons avec nos idées modernes, à des surprises et à des erreurs. Lorsque nous voyons, par exemple, qu'à Rome, jusqu'à une époque avancée, correspondant à un état de civilisation très développé, la loi écrite a permis au père d'exposer, de vendre, de maltraiter et même de tuer ses enfants, nous sommes portés à nous étonner d'une semblable législation et à nous récrier sur sa barbarie. Et alors si, poursuivant nos excursions à travers le droit romain, nous rencontrons le fameux passage où Gaïus (I, 55) nous donne la *patria potestas* comme une institution particulière aux citoyens romains, n'ayant point d'analogue chez les autres hommes, nous prendrons peut-être au mot cette fanfaronnade de dureté assez coutumière aux Romains et nous porterons sur leur législation une condamnation imméritée (1).

Les géographes modernes, lorsqu'ils donnent la carte

(1) Dans son beau livre sur la *Condition de la femme,* M. Gide raille agréablement les jeunes docteurs qui, dans leurs thèses, se répandent en récriminations sur le sort barbare fait par le droit romain à la femme et à l'enfant. Cette réflexion nous a autorisé à ne pas faire tenir le droit tout entier dans les textes.

d'un pays, ont soin, en regard, de présenter en raccourci la carte générale du continent dont, pour une étude spéciale, ce pays a été détaché. Ce rapprochement qui rend visibles les rapports de voisinage et de proportion existant entre les différentes parties et l'ensemble évite au lecteur des méprises grossières. Par le même procédé, si, au lieu d'isoler la *patria potestas*, nous la replaçons dans le cadre général des institutions primitives (1), en la rapprochant des antiques coutumes des autres peuples, nous nous éclairerons sur le véritable caractère de l'institution romaine et nous ne risquerons plus de la considérer comme une institution d'une barbarie exceptionnelle et inexplicable, sans précédents ni équivalents chez aucun peuple.

§ 1.

La nature vise à la perpétuité. Faisant, comme on l'a dit, « de l'altruïsme avec de l'égoïsme, » elle a assuré la reproduction des êtres animés « en donnant aux parents des organes propres à la génération et des désirs qui les portent à en faire usage, en leur faisant un véritable besoin de suivre les uns et d'employer les autres (2) ».

Mais, pour que l'espèce se maintienne, il ne suffit pas que

(1) « Le droit romain, considéré dans ses données initiales, dit M. P. Viollet (*Précis*, p. 22), ne s'isole point des autres droits primitifs : il en reproduit les caractères principaux, et nous le comprendrons mieux à mesure que nous le comparerons davantage aux usages des peuples jeunes. » Aussi M. Alph. Rivier, après avoir souhaité (*Disc. de prorectorat*, 11 oct. 1875) la création d'un cours « où les horizons nouveaux qu'ont dévoilés les récentes études de philologie et d'anthropologie seraient éclairés et scrutés ; où l'on chercherait enfin à reconstruire les traits communs aux diverses branches de la race aryenne », ajoute : « J'irai plus loin : je voudrais voir prendre en considération dans cette étude historique et comparative, les autres races qui forment l'humanité, en ne dédaignant ni le droit pétrifié des peuples stationnaires, ni même les informes rudiments du droit des peuples sauvages. »

(2) Linguet, *Théorie des lois civiles*, Londres, 1767, t. II, liv. IV, ch. III, p. 16.

des jeunes soient engendrés, il faut encore que ces jeunes survivent en quantité suffisante. Il faut pour cela que jusqu'à ce qu'ils soient devenus assez forts pour se suffire et se défendre, ils soient protégés contre les risques et les périls extérieurs.

C'est pourquoi, non contente d'avoir imposé aux animaux le besoin génésique, la nature leur a donné en outre un instinct d'affection pour leurs petits (1). Après la naissance de ceux-ci, les parents resteront unis pour les nourrir et les élever. Mais chez les animaux, cette association est toujours temporaire et le sentiment affectif qui la maintient, quelque délicat ou quelque profond qu'il se montre parfois chez certaines espèces, est toujours borné au temps strictement nécessaire au rejeton pour arriver à se suffire à lui-même. Le besoin de protection, qui en est la raison d'être, en marque à la fois l'origine et le terme (2). Chez la race humaine seule, ces rapports naturels, qui ont au reste la même base, s'ennoblissent, en donnant naissance à un lien moral, le mariage (3), et à une organisation sociale, la famille.

Nous devons ajouter toutefois que bien souvent l'humanité, observée dans les différentes phases de son développement ou dans les diverses régions de son habitat actuel, ne se distingue guère de l'animalité. On peut même dire que l'ins-

(1) Chez les animaux inférieurs où les adultes ne s'occupent pas de leurs descendants, le nombre des germes ou des rejetons, abandonnés à tous les hasards destructeurs, est tellement considérable qu'alors même que la plupart périssent, il en survit toujours assez pour assurer la permanence de l'espèce.

(2) Chez les sauvages, les relations entre parents et enfants cessent souvent aussi avec le besoin de protection. C'est ainsi qu'aux îles Marquises, « l'enfant, dès qu'il a quelque peu grandi, se bâtit un *ajoupa* de branches et de feuilles » et vit alors indépendant de sa famille.

(3) Les Romains partaient aussi de ce point de vue que « le germe brut du mariage, en tant qu'union des sexes, réside dans la nature animale de l'homme, dans ce *quod natura omnia animalia docuit.* » (Marezoll, *Droit privé des Romains*, trad. Pellat, § 159.) Kant (*Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, § XXIV) reconnaît aussi que « le but de procréer et d'élever des enfants est celui que s'est proposé la nature en donnant aux deux sexes une inclination réciproque. »

tinct tout brut des animaux réalise plus sûrement les vues secrètes de la nature que l'intelligence à peine éveillée de l'homme (1). C'est que, chez les hommes les moins civilisés, l'instinct d'affection pour les petits est déjà mis en échec par un commencement d'intelligence qui se manifeste tout d'abord par une pensée d'égoïsme. « La vue de l'homme même le plus borné pénètre dans l'avenir plus avant que celle de la plupart des animaux. Il prévoit de loin les ennuis, les embarras, les soucis de la famille, et comme sa moralité est mal développée encore, il sacrifie bien souvent sa descendance au soin de son bien-être actuel. » (Letourneau, *La Sociologie*.)

« La personnalité de l'homme, avec ses attributs essentiels, inviolabilité, liberté morale, respect des droits qui rayonnent de la personne sur le monde extérieur, s'est constituée lentement à travers l'histoire (2). » A une époque où la force était tout, l'enfant était considéré comme bien peu de chose (3). Le père avait sur son fils un droit de propriété analogue à celui qu'il acquérait sur tous les autres produits de son activité. Et de même qu'il pouvait disposer librement des œuvres de ses mains, de même il pouvait disposer à sa guise de cette œuvre de chair et de sang qui était l'enfant (4).

(1) La même idée est développée par Plutarque. (*De l'amour et charité naturelle des pères et mères envers leurs enfants.*)

(2) M. J. Flach, *l'Ancienne France*, I, 1.

(3) La femme n'était guère plus considérée. A la Nouvelle-Zélande, le père ou le frère, en donnant sa fille ou sa sœur, disait au futur époux : « Si vous en étiez mécontent, vendez-la, tuez-la, mangez-la. Vous en êtes le maître absolu. » (Mœrenhout, *Voy. aux îles du grand Océan*, II, 68). Napoléon Ier n'a-t-il pas dit dans le Mémorial de Sainte-Hélène : « La femme est la propriété de l'homme, comme l'arbre à fruit est celle du jardinier. »

(4) Sturt (*Hist. univ. des voy.*. vol. XLIII, 362) raconte qu'un Australien de l'intérieur utilisa son enfant malade, en lui brisant la tête contre une pierre et en le mangeant après l'avoir fait rôtir. Dans certaines tribus de l'Afrique méridionale, les indigènes disposent, pour prendre les lions, de grandes trappes en pierres et amorcent ces pièges avec leurs propres enfants. (*Journ. of Ethnolog. Soc.*, London, 1869. I, 79. *Cave Cannibals of South Africa.*) Byron a vu un Fuegien broyer son enfant sur les rochers, parce qu'il avait renversé un panier plein d'œufs de mer. (Darwin, *Voyage d'un naturaliste.*) Dans la vallée du Niger, les habitants de Follindochie troquent volontiers leurs enfants contre des baga-

Les parents devaient avoir encore moins de scrupules, quand il s'agissait d'un enfant simplement conçu, à attenter à un germe où la vie n'existait encore que virtuellement et qui n'était, suivant la brutale expression d'Ulpien même, qu'un morceau des entrailles de la mère (*pars viscerum*). L'avortement fut d'autant plus fréquent que l'amour paternel n'intercédait pas pour sauver un enfant qui était encore à naître et que, d'autre part, la tribu se préoccupant peu des actes individuels, l'opinion publique n'apportait aucun frein. Mais l'avortement pouvant être, surtout avec les procédés primitifs d'alors (1), une opération dangereuse pour la mère, l'infanticide dut être pratiqué plus largement encore.

Les parents se trouvaient livrés sans défense à toutes les suggestions de l'égoïsme individuel. La difficulté de nourrir les enfants était un motif pour en prévenir la naissance ou pour les tuer, au sortir même du ventre de la mère. La coquetterie des femmes, désireuses de sauvegarder la fraîcheur de leurs charmes (2), les décidait aussi à éviter les accouchements ou tout au moins à réserver les fatigues de la maternité pour un âge relativement avancé (3).

Ces causes, tenant au manque absolu de ressources, au caprice ou à l'égoïsme individuels, diminueront sans doute par l'augmentation du bien-être, les ressources croissantes de

telles. (*Journal de Richard Lander,* 233.) Deux femmes d'Esquimaux ayant offert au capitaine Parry de lui vendre leurs enfants et croyant le marché conclu, commencèrent à les dépouiller de leurs vêtements qui, suivant elles, ne devaient pas être compris dans la vente. (Parry, deuxième voyage, *Hist. univ. des voyages,* vol. XL, 379.) V. pour les Zolas de la Sénégambie, Raffenel, *Nouveau voyage au pays des Nègres*, I, 394, etc.

(1) Chez les Tasmaniens, une vieille femme frappe à coups redoublés sur le ventre de la femme enceinte. A la Nouvelle-Calédonie, le procédé le plus employé est « le procédé de la banane », qui consiste à avaler, cuites et bouillantes, des bananes vertes. (De Rochas, *Nouvelle-Calédonie,* 200.)

(2) Telle est la raison donnée par le révérend Bonwich (*Daily Life of the Tasmanians,* 76) pour expliquer la fréquence des avortements chez les Tasmaniens.

(3) V. pour les indigènes du bassin de l'Orénoque, *Hist. univ. des voyages,* XXXVIII, 379.

l'assistance et le développement de la moralité publique. On ne peut cependant prévoir le jour où l'humanité ne les connaîtra plus. Mais si, même dans les sociétés civilisées, l'avortement et l'infanticide ne sont pas destinés à disparaître des mœurs, au moins ces deux faits sont-ils considérés comme des crimes et comme tels flétris par l'opinion publique et sévèrement réprimés par les lois.

Chez certains peuples sauvages, au contraire, l'avortement et l'infanticide sont non seulement tolérés, mais encore ordonnés par la loi (1) et par la religion (2). Comment expliquer de semblables prescriptions, qui choquent à la fois le droit et la morale?

C'est que dans les sociétés primitives où la vie est rude, où les subsistances sont rares, il peut y avoir danger (surtout si le pays est restreint et fermé, comme par exemple une île), à ce que, suivant l'expression d'Alfieri, la plante humaine foisonne. La tribu intervient alors pour empêcher que la population ne devienne trop considérable par rapport aux

(1) Dans l'île de Formose il n'est pas permis aux femmes d'avoir des enfants avant l'âge de trente-six ans et les prêtresses ont le devoir de piétiner le ventre de toute femme qui deviendrait enceinte avant l'âge réglementaire. (Giraud-Teulon, *Orig. de la famille,* 129.) Dans la Plata, les Payaguas font encore maintenant avorter leurs femmes, dès qu'elles ont donné deux fils vivants (Mantegazza, *Rio de la Plata.* — V. aussi G. Robertson, *Hist. de l'Amérique*, liv. IV.)

L'infanticide est répandu dans toutes les îles de la Polynésie. Aux îles Sandwich on ne conservait jamais plus de deux ou trois enfants par famille : les autres étaient ou étranglés ou enterrés vivants (Ellis, *Polynes. Res.*, IV, 397). A Taïti, il n'y avait guère de femme qui n'eût mis à mort au moins un de ses enfants (Ellis, I, 334-340). Dans l'archipel Taïtien les membres de l'association érotico-mystique des Aréoïs devaient jurer de mettre à mort tous les enfants qu'ils pourraient avoir. Il n'y avait d'exception que pour le premier-né mâle des chefs. (Mœrenhout, *Voy. aux îles du Grand-Océan*, II, 496). — De même les insulaires de Radak (A-ur) mettaient à mort le troisième ou au moins le quatrième enfant de chaque femme (Kotzebue, deuxième voyage, *Hist. univ. des voy.*, vol. XVII, 358.)

(2) Rappelons pour mémoire les sacrifices d'enfants, si fréquents dans les religions antiques. (Prescott, *Hist. conq. du Mexique;* Bible, *passim;* Lucien, *Déesse de Syrie;* Plutarque, *De la superstition;* Diodore de Sicile, liv. XIII, LXXXVI; Silius Italicus, ch. IV; Tertullien, *Apolog.*, cap. IX, etc.)

ressources disponibles. L'intérêt général se joint à l'intérêt particulier pour faire de l'avortement et de l'infanticide des coutumes autorisées. Les pauvres êtres dont l'entretien eût été plus onéreux, les services moins rémunérateurs, les jumeaux (1), les filles (2), les enfants faibles ou difformes (3) sont de préférence sacrifiés (4).

Il va sans dire que, dans cet état primitif de barbarie, l'assistance n'existe pas. Les difficultés de la vie matérielle qui forcent les parents, en sacrifiant leurs propres enfants, à fouler aux pieds les sentiments d'affection naturelle, empêchent à plus forte raison de recueillir des enfants étrangers, abandonnés ou orphelins. Nul n'a le loisir de s'en embarrasser, et le plus souvent, par une sorte d'humanité, on les enterre

(1) Les Moxos de l'Amérique méridionale sacrifient les jumeaux. (A. d'Orbigny, *L'Homme américain*, I, 351.) Au Pérou, la race indigène, quoique superficiellement christianisée, ne fait point baptiser les jumeaux et ne les élève qu'à regret. (Arriaga, *Extirpac. de la idolatr.*, 32, 33.)

(2) Le meurtre des filles est une coutume presque générale. A la Nouvelle-Zélande, les mères tuent souvent leurs filles, en leur enfonçant le pouce dans la partie supérieure du crâne. (V. pour les Tasmaniens, Bonwich, *Daily Life of the Tasmanians*, 78-79; pour les Australiens, *Australia felix*, 131, 1849.) Par exception, les habitants de l'île de Tikopia, qui s'imposaient l'obligation de n'élever que deux de leurs enfants mâles et étranglaient les autres, élevaient toutes les filles; d'où la nécessité de la polygamie. (Dillon, *Hist. univ. des voy.*, vol. XVIII, 378). — Quand on ne tue pas les filles, on les élève pour en tirer profit. Dans certaines tribus sahariennes et touaregs, de même qu'en Chine et au Japon, une fille, avant de se marier, doit gagner par la prostitution ce qu'elle a coûté à sa famille. (Duveyrier, *Touaregs du Nord*, 330.)

(3) Les Esquimaux d'Amérique et du Kamtchatka mettent impitoyablement à mort leurs enfants, pour peu qu'ils soient faibles ou difformes. (Kotzebue, deuxième voyage, *Hist. univ. des voy.*, vol. XVII, 392.)

(4) La même raison d'utilité exige que, chez les peuples où la vie est difficile, les vieillards, les malades, les infirmes soient également sacrifiés. (Warnkœnig, *Études historiques sur les développements de la société humaine*, Introduction.) Les croyances religieuses interviennent pour faciliter la résignation des victimes. Les Vitiens, les Koriaks, les Tshutkskis croyaient qu'on arrivait dans l'autre monde dans l'état où l'on était quand on quittait celui-ci. Ils avaient donc intérêt à ne pas attendre la décrépitude de la vieillesse. Les enfants avaient le devoir d'avertir à temps leurs parents et de leur rendre, en les tuant, un dernier service. La cérémonie donnait lieu à une petite fête de famille. Après un banquet mortuaire, offert aux parents et aux amis, on se disait tendrement adieu et les fils étranglaient leur père de leurs propres mains. (Lubbock, *Orig. de la civilisat.*, 373.)

tout vivants, avec leurs parents (1). Aucune mesure n'est prise non plus pour assurer le sort des enfants (2). Les père et mère sont libres de les élever ou non, en consultant leur commodité du moment ou en envisageant les bénéfices qu'ils pensent en tirer dans l'avenir.

Ces faits barbares sont de nature à troubler les religions et les philosophies qui nous dépeignent la famille comme l'union primitive, idéale, formée par les mains même du Créateur pour un but de bonheur et de moralité. Elles doivent, pour expliquer ce retour ou plutôt, suivant elles, cette chute à l'état sauvage, avoir recours à l'hypothèse d'une déchéance, suite d'une faute ou d'un péché originel (3). Pour nous qui faisons de la science et non de la théologie, nous dirons avec Saint-Simon : « L'âge d'or du genre humain n'est point derrière nous, il est au devant; il est dans la perfection de l'ordre social; nos pères ne l'ont point vu, nos enfants y arriveront un jour; c'est à nous de leur en frayer la route (4). »

(1) En Tasmanie, si les parents viennent à mourir, on enterre avec eux leurs enfants tout vivants. (Bonwich, *Daily Life of the Tasmanians*, 78-79.) Chez les Peaux-Rouges, Charlevoix (*Nouvelle-France*, III, 368), a vu enterrer le nourrisson vivant avec la mère qui l'allaitait. Au Groënland les enfants dont la mère venait à mourir étaient enterrés avec elle. La religion qui partout justifie les besoins et les nécessités sociales, persuadait aux Esquimaux que du *Khillo* ou séjour des morts la mère appelait son enfant : aussi le père avait-il soin d'inhumer avec l'enfant les courroies dont sa mère se servait pour le porter. (Parry, deuxième voyage, *Hist. univ. des voy.*, vol. XL, 379.)

(2) Cependant chez les Andanamites, où les femmes sont communes à tous les membres de la tribu, il se forme entre un homme et une femme, lorsque celle-ci devient grosse, une sorte d'union temporaire dans l'intérêt de l'enfant : le sevrage y met toujours un terme. (Lubbock, *Orig. civilis.*, 80, 94.) — Chez les Juifs du Maroc existent des mariages temporaires bénis par le rabbin pour trois ou six mois : l'homme fait une donation et s'engage à reconnaître l'enfant qui pourrait naître de ces relations. (Decugis, *Bull. Soc. Géographie de Paris*, 1879.) Aux îles Marquises, où la débauche précoce rend les femmes stériles, une fille grosse trouvait sur le champ vingt épouseurs. (Radiguet, *Derniers sauvages*, 180.) En Polynésie, les époux convenaient d'avance qu'en cas de séparation les enfants suivraient soit le père soit la mère. (Mœrenhout, *Voy. aux îles du grand Océan*, II, 62.)

(3) « L'erreur de la science moderne vient de ce qu'elle confond le sauvage, l'homme dégénéré avec l'homme primitif, qui sortit des mains de Dieu dans l'état de perfection que comporte sa nature. » (M. de Cuzzon, *Revue de la Réforme sociale*.)

(4) « Ce que les théologiens appellent des races tombées sont, en général,

§ 2.

Il est cependant consolant de penser que les idées d'humanité n'ont pas été tout à fait inconnues des sociétés antiques. D'ailleurs, même chez les peuples primitifs, dont nous venons de dépeindre les mœurs barbares, l'amour des parents pour les enfants existe, quelquefois très profond. S'ils les sacrifient, ce n'est pas par inhumanité, mais par nécessité. *Primo vivere.* La morale, les lois et la religion d'un peuple se plient aux nécessités de son existence. La même raison qui, chez les peuplades dénuées de toutes ressources, fait de l'avortement et de l'infanticide des coutumes autorisées, parfois même imposées, condamne au contraire et prohibe ces mêmes coutumes dans les pays plus favorisés qui renferment en abondance tout ce qui est nécessaire à l'accroissement et à la conservation de l'espèce humaine.

En Égypte, par exemple, où la fécondité de la terre, la douceur du climat rendaient l'existence facile, Diodore de Sicile (1) nous dit que « dans le but d'augmenter la population, dont l'accroissement est un élément de prospérité pour les campagnes et pour les villes, les parents étaient tenus de nourrir tous leurs enfants... Aucun d'eux, ajoute-t-il, n'était réputé illégitime alors même qu'il devait le jour à une femme achetée à prix d'argent. » Tous les enfants étaient, conformément aux idées d'un publiciste moderne (2), égaux devant

pour les savants des races non encore arrivées. » (M. L. Donnat, *la Politique expérimentale.*)

Seulement il n'est pas dit que toutes arriveront.

(1) L. I. LXXX. Comme la terre fournissait naturellement les aliments suffisants et que le climat rendait les chaussures et aussi les vêtements à peu près inutiles, les parents n'évaluaient qu'à 20 drachmes par tête (la drachme ptolémaïque valait 0 fr. 80 en poids d'argent) ce que leur coûtaient leurs enfants jusqu'à la puberté.

(2) Em. de Girardin, *la Liberté dans le mariage par l'égalité des enfants devant la mère.*

la mère. La seule différence, c'est qu'il y avait des enfants qui n'avaient qu'une mère seule, tandis que d'autres avaient à la fois un père et une mère (1).

La loi prévoyait les diverses hypothèses dans lesquelles, à la suite d'un commerce quelconque entre un homme et une femme, un enfant viendrait à naître.

En cas de séduction, il y avait lieu à réparation pécuniaire se traduisant par un abandon de biens destiné à assurer l'éducation de l'enfant (2).

Le divorce était autorisé. La femme, en cas de répudiation, avait droit non seulement à la restitution de sa dot et de son don nuptial, mais encore à une indemnité. « Quant à l'enfant qui avait pu résulter du mariage, son sort était assuré, et il devenait l'héritier, ou, selon l'énergique expression du démotique, le maître de tous les biens présents et à venir de son père (3). »

Le père pouvait reconnaître un enfant par mariage subséquent : il conservait sa liberté vis-à-vis de la femme ainsi épousée, et pouvait la quitter sans lui payer l'amende ordinaire.

« Si le mari s'en allait, le sort de la famille était assuré, puisque la succession du père était garantie aux enfants et que la mère voyait ses droits couverts par une dette hypothécaire fictive et par une pension alimentaire qui donnait le pain de chaque jour. Toutes ces dispositions avaient pour réel objectif les enfants, et n'étaient prises, les contrats nous le prouvent, que quand ils existaient (4). »

Enfin, même si l'enfant était issu des relations d'un maître

(1) La parenté paternelle est venue s'ajouter à la parenté maternelle sans s'y substituer.

(2) Eug. Revillout, *Cours de droit égyptien*, leçon du 31 janvier 1883.

(3) *Journal asiatique*, 1877, t. II, p. 280. *Lettre* de M. E. Revillout à M. Chabas sur les contrats de mariage égyptiens.

(4) *Revue égyptienne*, 2e année, 2 et 3, 1881, p. 89. (V. aussi nos 2 et 3, 1880, p. 114.)

et de son esclave, les devoirs de la paternité, comme l'indique Diodore, étaient encore légalement reconnus (1).

On peut donc dire qu'en règle générale la vie de l'enfant se trouvait sauvegardée (2) et que, la honte de la maternité naturelle n'existant pas et la subsistance des enfants étant à la fois facile et assurée, l'abandon et l'infanticide, réprouvés d'ailleurs par les mœurs et par la religion (3), devaient être assez rares.

Un texte récemment découvert, relatif aux amendes que doivent payer les personnes entrant dans le temple sans être purifiées, fait allusion aux avortements volontaires (4). D'autre part, Diodore de Sicile nous apprend « que les parents qui avaient fait périr un de leurs enfants n'encouraient pas, il est vrai, la peine capitale, mais qu'on les obligeait à tenir embrassé pendant trois jours et trois nuits le cadavre de cet

(1) Robiou, *Mém. sur l'économie politique et la législation en Égypte au temps des Lagides,* 1875, p. 60.

(2) Les puissances dominicale, maritale et paternelle étaient très adoucies. L'esclave était une personne, la femme et les enfants étaient *sui juris.* (E. Revillout, *Cours,* 3 et 10 janvier 1883; *Mél. d'égyptologie*, p. 89.)

(3) Dans la confession du mort, dans la défense qu'après avoir été introduit dans la salle de vérité pour se séparer de ses péchés et pour voir la face des dieux, le mort doit présenter des actes de sa vie, il s'exprime ainsi :

> VI « Je n'ai point fait avoir faim, je n'ai point fait pleurer.
> IX « Je n'ai point éloigné le lait de la bouche du nourrisson. »

(Paul Perret, *le Livre des morts des anciens Égyptiens*, 1882, ch. CXXV, p. 370 et suiv.)

(4) Les fœtus étaient l'objet du même culte funéraire que les autres morts. La preuve en est dans un contrat passé en l'an VIII de Ptolémée Aulète entre les choachites de Memphis et de Thèbes. Les choachites étaient des associations de prêtres ayant le monopole de célébrer (moyennant rétribution) les rites funéraires et de conserver les cadavres de tous les habitants de la région qui leur avait été concédée. Les choachites se partagent, au point de vue des bénéfices, leurs futurs clients. Ils s'assurent réciproquement dans l'acte précité le tiers des hommes, des femmes, des esclaves, etc., « et la part du tiers de leurs fœtus abortifs, de leurs fœtus monstrueux, de leurs fœtus non divisés (sans division du sein de la mère avant la mort de celle-ci). » (*Rev. Égypt.*, 2e année, 1881, nos 2 et 3, planche 35.)

Si une femme condamnée à mort était reconnue enceinte, on retardait son exécution jusqu'après son accouchement. (Lumbroso, *Recherches sur l'économie politique de l'Égypte sous les Lagides*, ch. III, p. 48.)

enfant ». Un garde préposé par l'autorité publique veillait à l'exécution du châtiment. Le caractère un peu théâtral de cette peine est une preuve, croyons-nous, de la rareté de son application.

Nous ne trouvons aucune trace d'institutions publiques fondées en faveur de l'enfance. Il est à croire cependant que la charité privée, érigée d'ailleurs en devoir (1), s'exerçait assez largement. Parmi les louanges décernées à un haut fonctionnaire dans une inscription du musée du Louvre figure la qualification d'*asile de l'orphelin* (2), et, dans le *Livre des morts*, on voit les assistants du juge proclamer « que le mort s'est concilié Dieu par sa charité », parce qu' « il a donné du pain à celui qui avait faim, de l'eau à celui qui avait soif, des vêtements à celui qui était nu ».

Si nous tournons maintenant nos regards vers un autre peuple qui, grâce à ses qualités particulières de cohésion, a su conserver jusqu'à nos jours sa physionomie propre et sa puissante personnalité, nous verrons que chez le peuple juif la fécondité était tenue en grand honneur, à tel point que l'épouse stérile n'hésitait pas à céder son lit à une servante, dont elle adoptait plus tard les enfants (3). Le profond désir de laisser des fils qui perpétuent le nom semble se rattacher, comme chez les Aryens, à des idées religieuses.

En général la mère allaitait son enfant; les femmes riches avaient cependant l'usage de prendre des nourrices. Dans les deux cas la loi prenait des précautions pour sauvegarder la santé des nourrissons (4).

(1) Lumbroso, p. 49. V. les inscriptions rapportées par M. Brugsch, *Die Œgyptische Gräberwelt*, p. 5, 31, 32, etc.

(2) Chabas, *Études égyptologiques*, p. 9.

(3) *Genèse*, XVI, XXX.

(4) « Une veuve qui a un enfant à la mamelle ne doit pas se fiancer, ni se marier, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de vingt-quatre mois, car (dit Raschi) elle peut devenir enceinte, ce qui l'obligerait de sevrer l'enfant, et son mari étranger à l'enfant ne voudra peut-être pas lui acheter des œufs et du lait. » (Dr Rabbinowicz, *Législ. civ. du Talmud*, 1re part. : traité Kethouboth, p. 41.)

L'avortement et l'infanticide, contraires au précepte divin : *Crescite et multiplicamini*, entraînaient dans la tradition rabbinique la peine de l'homicide. La femme qui détruisait le fruit qu'elle portait dans son sein était, selon la remarque de Josèphe (1), doublement coupable, en causant la mort de son enfant et en diminuant sa race.

« La loi, ajoute Philon, défendait en outre quelque chose de plus grave que l'avortement; je veux parler de l'exposition des enfants qui, chez beaucoup de nations à cause de l'inhumanité naturelle, est une impiété vulgaire; car, s'il faut veiller à ce que les fœtus ne souffrent aucune violence dans les entrailles de leurs mères avant le temps fixé pour la naissance (2), à combien plus forte raison ne doit-on pas conserver ceux déjà nés et qui sont comme de nouveaux colons ajoutés aux autres hommes, afin de jouir ensemble des dons de la nature. »

Mais il serait exagéré de croire que l'abandon, proscrit par la loi, n'existât pas dans la pratique. On trouve même dans le Talmud quelques dispositions relatives à la condition juridique des enfants trouvés. Au point de vue de l'état civil d'abord, les enfants qui avaient été exposés sous un arbre près de la ville, dans une place publique, enveloppés de lan-

Ce qui prouve bien que l'intérêt de l'enfant est l'unique raison de cette prohibition, c'est que nous lisons dans une autre *beraïtha* que « si la mère a donné l'enfant à une nourrice ou si elle l'a sevré, ou si l'enfant est mort, elle peut se marier. » Cependant le Talmud pousse encore plus loin la précaution, en décidant que la veuve ne pourra pas se remarier si elle a sevré l'enfant, « car (dit Raschi) elle a pu l'avoir sevré pour se marier ».

D'autre part « une nourrice ne doit pas nourrir en même temps un autre enfant, ni son propre enfant; si les parents ne donnent pas à la nourrice une nourriture suffisante, celle-ci doit acheter le reste à ses frais, afin de donner assez de lait à l'enfant qu'elle s'est engagée à nourrir. » (Dr Rabbinowicz, p. 41.)

(1) *Adv. App.* 2, 24.

(2) On pouvait, dans un accouchement laborieux et pour sauver la mère, tuer l'enfant dont la tête n'était pas encore visible (Tertull. *De anim.* 25); mais si l'enfant montrait déjà la tête on ne pouvait le sacrifier. (De Pastoret, *Hist. de la législ.*, t. IV, p. 184 et Dœllinger, *Paganisme et Judaïsme*, 4e vol., liv. X, ch. I, p. 174.)

ges, circoncis, étaient considérés comme légitimes : les soins pris à leur égard faisaient présumer une origine régulière. Au contraire ceux qui avaient été abandonnés en pleine campagne, au milieu d'un chemin, ou suspendus aux branches des arbres, étaient déclarés illégitimes (1). Au point de vue de la religion, suivant que la population du lieu où l'enfant avait été trouvé était en majorité païenne ou juive, l'enfant suivait le culte du plus grand nombre. Dans le cas où la population se partageait, il était israélite (2). Enfin, au point de vue de la condition, l'enfant abandonné, dont l'origine païenne paraissait certaine, pouvait être maintenu en esclavage par l'Hébreu qui l'avait recueilli et élevé. Toutefois, si l'adoptant avait été poussé par esprit d'humanité et non de spéculation, il pouvait le traiter comme prosélyte et lui assurer ainsi la liberté (3).

Malgré le particularisme farouche de la religion juive, la protection et l'assistance de la veuve et de l'orphelin sont présentées dans toute la Bible comme constituant des obligations naturelles s'étendant à tout le genre humain (4). Mais en dehors de la charité particulière, il y avait de plus une véritable organisation de l'assistance publique.

Les orphelins avaient leur part des distributions charitables (5), et même, lorsqu'ils étaient en âge de se marier, les sociétés de bienfaisance ou parfois les villes se chargeaient de leur fournir une dot qui, pour les orphelines, n'était pas moindre de 50 zouzes et pouvait, s'il y avait suffisamment d'argent en caisse, être proportionnée à la position ou à la

(1) De Pastoret, t. III, p. 508.

(2) Dr Rabbinowicz, *Législation civile du Talmud*, 1880, t. I, p. 49.

(3) Zadoc-Kahn, *l'Esclavage selon la Bible et le Talmud*, 1867, p. 53.

(4) V. Schwab (Moïse); *trad. du Talmud*, t. II, p. 5.

(5) On lit dans une *beraïtha* : « Si un orphelin et une orpheline demandent l'aumône pour leur entretien, celle-ci passe avant celui-là, car la mendicité est plus pénible pour une femme que pour un homme. Si un orphelin ou une orpheline veulent se marier, celle-ci passe avant celui-là, car le célibat est, au point de vue de la considération, plus pénible pour la femme que pour l'homme. »

dignité de la jeune fille et qui, pour les orphelins, consistait dans la fourniture d'un lit, d'un mobilier et d'une chambre : après quoi on leur donnait une femme (1).

Ajoutons, pour compléter ce rapide aperçu que chez les premiers patriarches, à la différence des Égyptiens, la puissance paternelle était, comme elle devait l'être plus tard à Rome, absolue et perpétuelle.

Mais lorsque les familles, d'abord indépendantes, eurent réalisé, par leur réunion, l'unité du peuple hébreu, le nouveau pouvoir social battit en brèche les anciens pouvoirs du père, autrefois seul propriétaire et seul magistrat dans l'enceinte de sa famille. Moïse restreignit le droit de vie et de mort dont jouissait le père, en obligeant ce dernier à porter devant les *Anciens* les sujets de plaintes qu'il croyait avoir contre son fils (2). Le droit de vente fut limité aux filles. Il ne consista plus que dans le pouvoir de les engager pour six ans, avant l'âge nubile, en qualité de servantes (3). Le père seul, et non la mère, avait ce droit, et encore ne pouvait-il en user que pressé par une extrême pauvreté (4). En cas de retour à meilleure fortune, il devait reprendre sa fille en indemnisant le propriétaire. Le père perdait alors tout droit sur elle, dès

(1) Dr Rabbinowicz, *Lég. civ. du Talmud*, p. 45 et 46.

(2) « Quand un homme aura un enfant pervers et rebelle qui n'écoutera point la voix de son père ni la voix de sa mère, et qui, châtié par eux, ne leur obéira point, alors le père et la mère le prendront et le conduiront vers les anciens de la ville, à la porte où se rendent les jugements, et ils leur diront : « Voici notre fils qui est pervers et rebelle, il n'obéit point à notre voix, et il passe sa vie dans les débauches, dans la dissolution et dans la bonne chère. Alors le peuple de cette ville le lapidera et il sera puni de mort. » (*Exod.* XXI, 18-20, *Deuter.* XXI, 18-21, 7.)

(3) Franck (A.), *Études orientales*, 1861. Du droit chez les anciennes nations de l'Orient, ch. V : *le droit chez les Juifs*.

Il est possible d'ailleurs que cette vente n'ait été le plus souvent qu'un acheminement au mariage. (Zadoc-Kahn, *l'Esclavage selon la Bible et le Talmud*, p. 40 et suiv.)

(4) D'après le Psalmiste (Ps. LXXI, V. 4), il fallait n'avoir, pour user de ce droit de vente, ni effets mobiliers ni vêtements pour se couvrir. (De Pastoret, *Hist. de la législ.*, t. III, p. 485.)

qu'elle arrivait à sa majorité (12 ans), et une seule vente l'émancipait.

§ 3.

Nous savons maintenant que l'omnipotence inhumaine du père de famille n'est pas une création de la loi romaine. Elle est, suivant la remarque de M. Gide, le principe même du régime patriarcal et il n'est pas un peuple qui, en remontant à ses origines, ne pût en retrouver les traces. « Mais ce qui est particulier au peuple romain, ce qui est unique dans l'histoire, c'est la persistance de ces institutions primitives et de ce gouvernement patriarcal jusqu'au sein d'une société avancée. » Ce phénomène « unique dans l'histoire » vaut qu'on l'explique. Il nous faut pour cela remonter un peu haut.

Dans les sociétés primitives, nous l'avons déjà dit, la force domine seule. Pour que le droit existe, il lui faut une sanction. A défaut d'un pouvoir social, l'individu doit pourvoir lui-même à sa protection. En butte aux rigueurs de la nature, en lutte avec la concurrence de ses semblables, il cherche dans l'association le moyen d'assurer sa sécurité (1) : l'union fait la force.

A l'origine, les associations se font comme au hasard. Les hommes d'une même race, réunis par la même migration, vivent côte à côte sous la direction de chefs qu'ils se donnent ou qu'ils subissent. Leur union n'a qu'un but : se protéger contre les étrangers. Mais dans l'intérieur du groupe, les mem-

(1) « Les premiers hommes, témoins des mouvements convulsifs de la terre, encore récents et très fréquents, n'ayant que les montagnes pour asiles contre les inondations, chassés souvent de ces mêmes asiles par le feu des volcans, tremblants sur une terre qui tremblait sous leurs pieds, nus d'esprit et de corps, exposés aux injures de tous les éléments, victimes de la fureur des animaux féroces, dont ils ne pouvaient éviter de devenir la proie; tous également pénétrés du sentiment commun d'une terreur funeste, tous également pressés par la nécessité, n'ont-ils pas très promptement cherché à se réunir, d'abord pour se défendre par le nombre, ensuite pour s'aider et travailler de concert à se faire un domicile et des armes. » (Buffon, *Septième époque de la Nature.*)

bres plus faibles ne sont pas défendus contre l'arbitraire des membres plus forts. D'autres liens se créent pour répondre à ce nouveau besoin de protection. Dans la masse homogène primitive, on voit se former de petits corpuscules qui se différencient de l'ensemble.

Ces nouveaux groupements se font d'après deux principes. Il y a en effet deux causes possibles d'attraction : la parenté et la puissance. La mère devient le centre d'un groupe naturel, embryon de la famille. L'homme adulte, assez fort pour se faire respecter, devient le centre d'un groupe artificiel formé, d'une part, par les individus plus faibles dont il s'est emparé et qui, en devenant sa propriété, voient rayonner sur eux l'auréole de puissance dont leur maître est entouré et, d'autre part, par les individus qui, pour vivre à l'abri de sa protection, viennent volontairement se mettre sous sa dépendance.

La famille antique a été constituée par la fusion de ces deux groupements.

Alors que la parenté maternelle était seule connue, le groupe naturel dont la mère était le centre a dû, à cause de l'insécurité sociale, être rattaché à un homme capable de protéger ses membres, trop faibles pour se défendre eux-mêmes. A défaut du père qu'on ne peut connaître, ce soutien se rencontre dans le frère de la mère, dans l'oncle maternel (1). Mais la protection ne s'achète alors qu'au prix de la liberté.

Quand peu à peu, au moyen de subterfuges variés (2), la

(1) C'est ainsi que chez les Kimbundas les enfants appartiennent à l'oncle maternel qui a le droit de les vendre. (Giraud-Teulon, *Orig. fam.*, 166.)

(2) Tantôt on use d'une simulation naïve en substituant le père à la mère, en le soumettant à la fiction d'un accouchement. La *couvade* a existé chez certaines peuplades d'Afrique, en Amérique chez les Chiriguanos, les Abipones, les Caraïbes; en Europe chez les Ibères. On en retrouve encore des traces dans quelques vallées de la Biscaye et du Guipuzcoa où le mari, à l'accouchement de sa femme, s'alite et reçoit les soins et les compliments de la famille, comme s'il était lui-même accouché. Tantôt on combina une union polyandrique où tous les fils d'une même mère jouaient le rôle de mari à l'égard d'une épouse unique et l'on

filiation paternelle réussit à s'implanter, le père se trouve comprendre dans sa *familia* (1) tous les individus qui, à des titres divers, sont sous sa protection et par conséquent sous sa puissance : femme, enfants, clients, esclaves. Et comme ce n'est pas le temps des subtilités juridiques, on n'établit pas entre eux de distinction. Tout démontre qu'à l'origine le pouvoir que le chef exerce sur tous les membres de sa famille, sur les éléments divers de son patrimoine, est un et de même nature (2). Ce n'est que plus tard, par le progrès du temps et des mœurs, que les pouvoirs réunis aux mains du chef de famille se diversifient suivant les personnes qui y sont soumises et sont désignés par des noms différents.

Pour bien se rendre compte de l'étendue de la famille, des pouvoirs de son chef, il faut faire attention qu'elle est alors l'unique forme de société, qu'elle est véritablement un petit État.

La famille, pour remplir sa fonction qui est, en l'absence de pouvoir social, d'assurer la protection de ses membres, doit former une vaste et puissante association. Vaste, elle ne comprend pas seulement les parents unis par le sang, femmes, enfants, neveux, frères puinés avec leur propre famille ; elle

attribua à l'aîné tous les fils qui naissaient de ce commerce ; ailleurs, par suite d'une convention tacite, le premier enfant fut attribué arbitrairement au frère aîné, le second au frère cadet, etc. — En Australie, quand le fils aîné d'un homme a reçu un nom, son père, s'il veut le reconnaître comme son fils, doit manifester sa volonté en prenant le même nom. — A Rome, jusqu'au temps de Nerva, l'adoption se symbolisait encore par un accouchement simulé. (Bachhofen, *Das Mütterrecht*, 254.)

(1) Dans l'ancien langage romain, le mot *familia* désignait l'ensemble de ce qui est soumis au pouvoir du citoyen indépendant, *homo sui juris*, et comprenait tant les biens que les personnes qui lui appartenaient. On disait indifféremment des personnes qu'elles étaient placées dans le *mancipium*, et des biens qu'ils étaient dans la *manus* du père de famille. (Plaute, *Mercat.*, II, 3, v. 117. — V. Mayuz, *Droit romain*, IV, § 386.) — « On peut faire donation de toutes ses propriétés, à l'exception de sa femme et de ses enfants. » — (Yajnavalkya, II, 175.)

(2) V. M. Laboulaye, *Condition des femmes*, ch. II, en note ; Mayuz, *Droit romain*, t. I, § 98, III, t. IV, § 386 et § 409, notes 7 et 8 ; M. J. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, l. I, ch. I, p. 49, et ch. IV, p. 61, note 3.

comprend aussi les étrangers qui leur ont été assimilés par une fiction de parenté, qui ont été naturalisés dans la famille, et enfin, à un degré inférieur, les serviteurs, volontaires ou non, les esclaves. Puissante, il faut qu'elle subsiste avec le même patrimoine, avec le même personnel, sous l'autorité d'un chef unique : elle doit s'étendre, se ramifier sans se diviser.

Le chef de famille est proprement un souverain. Il a tous les attributs de la souveraineté et n'a ni au-dessus ni en face de lui aucun autre pouvoir, supérieur ou rival, pour le limiter ou le contrôler. Il est à la fois le chef militaire, le propriétaire et l'administrateur unique, le juge sans appel, le chef religieux et moral de la famille.

Le père a un droit de propriété non seulement sur les choses comprises dans son patrimoine, mais aussi sur les personnes rangées sous sa protection : il les a dans sa main, *in manu* (1). La main, la lance se retrouvent chez plusieurs peuples primitifs, comme symboles de puissance et de propriété, à la fois instruments d'oppression et de protection. Les enfants sont, comme les esclaves et les bêtes de somme, des outils de travail, des sources de profit que le père peut à son choix exploiter lui-même ou céder à un autre. Étant eux-mêmes un élément de richesse, ils contribuent à augmenter celle de la famille par leurs acquisitions personnelles. Ils sont pour le père une propriété lucrative ; ils doivent rendre sa condition meilleure, ils ne peuvent la rendre pire. Le père peut se dispenser de leur entretien en les exposant, en les vendant, en les renvoyant, en les tuant. S'ils ont causé un préjudice à autrui, il n'est pas engagé par leur fait : il doit seulement les abandonner à la victime en réparation du dommage éprouvé (abandon noxal).

(1) Le mot *manus*, à l'origine, exprimait l'autorité du chef de famille. Plus tard il désigna spécialement la puissance maritale. Mais même alors on trouve des textes qui entendent par *manus* le pouvoir du maître sur ses esclaves (Ulp., l. 4. *Dig.* I, 1) et le pouvoir du père sur ses enfants. (Pline, *Épist.* VIII, 18, 4 ; Tite-Live, III, 45, 2 ; Instit. I, 12 § 6 ; l. 6, Cod. VIII, 49, *De emancip. liber.*).

Des besoins qui s'imposent à toute réunion d'hommes vivant en société, un des plus importants est assurément la justice. Le chef de famille était naturellement juge dans sa petite souveraineté domestique (1). Il pouvait, sans contrôle et sans appel, condamner à mort ou à une correction corporelle; il pouvait expulser le coupable en rompant les liens qui l'attachaient au foyer (*abdicatio*).

Enfin le père était aussi le chef religieux de la famille : ce fut un des titres principaux de son autorité, et un auteur a pu dire avec quelque vraisemblance que c'était la religion qui avait donné à la famille ancienne ses caractères originaux et qu'elle suffisait à expliquer toutes les antiques institutions.

La théorie de M. Fustel de Coulanges nous semble cependant exagérée et même, à notre avis, n'explique rien. L'éminent auteur de la *Cité antique* se propose de démontrer que c'est la religion qui a fait la famille ce qu'elle était; mais il est obligé de reconnaître que la religion elle-même est une création humaine et que si elle a pris dans l'antiquité un caractère particulier, domestique et exclusif, elle doit ce caractère à la constitution préexistante de la famille antique, qui lui a servi de berceau. Il faut donc, remontant plus haut, découvrir les causes véritablement premières qui ont amené cette constitution originale de la famille, constitution qui expliquera la genèse des idées religieuses, bien loin que ce soit la religion, fait secondaire et contingent, qui explique la formation de la famille antique.

Or cette cause primordiale, générale et permanente, audelà de laquelle il est inutile de remonter,. toute notre introduction a pour but de l'indiquer : c'est, en l'absence de tout pouvoir social constitué, le *besoin de protection*.

(1) Le père était appelé à Rome : *princeps familiæ, domesticus magistratus, judex, censor filii,* etc., et sa puissance : *patria majestas.*

Le *besoin de protection* qui, nous l'avons vu, a été le lien des sociétés naissantes, a été aussi le principal facteur des religions. C'est pour avoir des protecteurs que l'homme s'est créé des dieux (1). Dans un temps où chaque famille, vivant indépendante et isolée, avait des intérêts séparés, en antagonisme avec ceux des autres familles, les dieux qu'elle appelait à sa défense ne pouvaient que lui être personnels. Chaque dieu n'était dieu que dans une maison et ne protégeait qu'une famille. Celle-ci avait ses cérémonies propres, ses fêtes particulières, ses formules de prières et ses hymnes : son culte, interdit et caché aux étrangers, faisait partie du patrimoine de la famille et constituait un des éléments de sa puissance.

Il résulte de cette appropriation des dieux que celui qui représente un groupe quelconque, une unité sociale, les représente aussi vis-à-vis des dieux. Comme chef de la famille, le père se trouvait donc en même temps son pontife. Mais ce n'est pas dans ce caractère sacerdotal que le père puisa l'origine de son pouvoir. Son autorité dérivait de la nécessité, et, du jour où le père ne fut plus seulement le maître, mais encore le chef religieux de la famille, sa puissance, d'abord absolue, arbitraire, sans règle et sans limite, fut en fait amoindrie : la religion y apporta les premières restrictions (2).

C'est à ce point de vue seulement, pour expliquer non pas l'origine, mais seulement le caractère primitif et les tempéraments de la puissance paternelle qu'il est intéressant d'examiner brièvement les anciennes croyances de la race indoeuropéenne : elles ont eu pour la protection des enfants en particulier de très heureuses conséquences.

(1) V. une curieuse lettre de Grimm à Sophie Volland du 15 août 1763 (t. XVI, édit. Furne), paraphrasant l'hémistiche de Stace : *Primus in orbe deos fecit timor*.

(2) De même que, dans la cité, il y avait des lieux et des temps sacrés où la poursuite et la peine étaient suspendues, de même, dans la maison, les subordonnés se mettaient à l'abri de la colère du chef de famille en se réfugiant à l'autel domestique, asile inviolable.

Nous trouvons, dès la plus haute antiquité, enraciné chez les Aryens le culte des ancêtres. Il fallait enterrer le mort, suivant les rites, pour fixer son âme sous la terre et lui donner le repos et le bonheur. Pour satisfaire aux besoins matériels qu'on lui attribuait encore, les descendants (et eux seuls pouvaient le faire) avaient le devoir de venir, à certaines dates, sur le tombeau, déposer des aliments et verser du vin. Si ceux-ci ne s'acquittaient pas de cette pieuse dette, le mort était malheureux (1) et venait persécuter les vivants. Au contraire, le mort qu'on honorait devenait un dieu bienfaisant qui continuait à protéger ses descendants.

Il fallait donc que la famille se perpétuât. Le célibat fut interdit d'abord par les croyances, puis par les lois. « L'homme ne s'appartenait pas, il appartenait à la famille. Il était un membre dans une série, et il ne fallait pas que la série s'arrêtât à lui. Il n'était pas né par hasard, on l'avait introduit dans la vie pour qu'il continuât un culte (2), il ne devait pas la quitter sans être sûr que ce culte serait continué après lui (3). » (Fustel.) S'il négligeait de laisser un enfant mâle qui pût s'acquitter de la dette envers les ancêtres, il commettait vis-à-vis de chacun d'eux un véritable parricide (4).

(1) « Le mort qui n'a pas laissé de fils, disait en se moquant Lucien (*De luctu*), ne reçoit pas d'offrandes et il est exposé à une faim perpétuelle. » — « Il n'est pas un homme, disait très sérieusement un orateur athénien, qui, sachant qu'il doit mourir, ait assez peu de souci de soi-même pour vouloir laisser sa famille sans descendants; car il n'y aurait alors personne pour lui rendre le culte qui est dû aux morts. » ISÉE, VII, 30.

(2) Les lois de Manou appelaient le fils aîné « celui qui est engendré pour l'accomplissement du devoir. » Les autres, « nés de l'amour, » avaient une situation inférieure.

(3) « Sacra privata perpetua manento. » CICÉRON, *De legib.* II, 9, 19.

(4) Les Hindous supposaient que les Mânes prononçaient souvent ce vœu : « Puisse-t-il naître successivement de notre lignée des fils qui nous offrent dans toute la suite des temps le riz bouilli dans du lait, le miel, et le beurre clarifié. » (*L. de Manou,* III, 138; III, 274). « L'extinction d'une famille cause la ruine de la religion de cette famille; les ancêtres privés de l'offrande des gâteaux tombent au séjour des malheureux. » (Bhagavad-Gita, I, 40.) « En mettant un enfant mâle au monde, la femme procure le ciel à son époux et aux ancêtres de son époux. » (*L. de Manou*, IX, 28.)

Mais le fils, pour être le continuateur du culte, devait être né légitimement d'un mariage religieux : il fallait que sa mère eut été elle-même initiée. Le mariage n'avait donc pas pour but « l'union de deux êtres qui se convenaient et qui voulaient s'associer pour le bonheur et pour les peines de la vie »; il avait pour but, « en unissant deux êtres dans le même culte domestique d'en faire naître un troisième qui fût apte à continuer ce culte. » En Grèce comme à Rome, le mariage était contracté *liberorum quærendorum causa* (1). Aussi, si la femme était stérile, si elle était adultère (2), le mariage devait être rompu. Si le mari était impuissant, s'il mourait sans enfants, son frère ou un de ses parents devait se substituer à lui ou lui succéder dans le lit conjugal : l'enfant était considéré comme fils du mari et continuait son culte (3). Celui qui n'a qu'une fille peut, en la mariant, « la charger de lui donner un fils qui devienne le sien et qui accomplisse en son honneur la cérémonie funèbre (4). » Le père naturel ne sera pas le père religieux. « Celui à qui la nature n'a pas donné de fils peut en adopter un pour que les cérémonies funèbres ne cessent pas (5). »

Toutes ces dispositions, dont la bizarrerie choque la nature, montrent clairement quelle importance les anciens attachaient à l'idée de laisser un fils après eux : cette idée qui, mise sous le couvert de la religion pénétrait les masses et

(1) On lit au Digeste : « Viri liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt. »

Duxit me uxorem sibi, liberum sibi quæsendum gratia. (Ennius *apud* Festum.)
Liberum creandorum causa, credo, ei uxor data est. (Plaute, *Captifs*.)
Quæritur argentum, puerisque beata creandis
Uxor. . . . .
(Horace, *Epist.* I, 15.)

(2) « Le fils de l'adultère anéantit dans cette vie et dans l'autre les offrandes adressées aux mânes. « (*L. de Manou*, III, 175).

(3) *L. de Manou,* IX, 59, 63, 69, 121, 146. Plutarque, *Solon*, 20.

(4) *L. de Manou*, IX, 127, 136. — Cet usage existait aussi à Athènes.

(5) *L. de Manou*, IX, 10.

s'imposait à elles, constituait pour les enfants une sauvegarde très efficace. Ajoutons que cette sauvegarde ne s'appliquait qu'aux enfants mâles : les filles étaient incapables de continuer le culte et les parents n'avaient pas le même intérêt à ce qu'elles vécussent.

De même qu'il n'y avait qu'une seule religion, qu'un seul culte pour tous les descendants d'un auteur commun, de même il ne pouvait y avoir pour eux tous qu'un seul prêtre, le père (1). Ni l'âge ni le mariage ne pouvaient donc émanciper les enfants. Ils ne sortaient de sa puissance qu'en sortant de la famille : ils devenaient étrangers à leur famille en devenant étrangers à sa religion. L'émancipation s'appelait chez les Romains *sacrorum detestatio*. La parenté reposait chez les anciens, non sur la consanguinité, non sur l'affection, mais, suivant l'expression de Platon (2), « sur la communauté des mêmes dieux domestiques » et par conséquent sur la volonté du chef qui composait, comme il l'entendait, les cadres de sa famille.

Le père mort, « le droit de prononcer les prières appartient disaient les Aryas, à celui des fils qui est venu au monde le premier (3). » Dans les pays où le droit d'aînesse ne s'implanta pas, alors même que les branches cadettes se séparèrent de la souche commune pour allumer des foyers séparés et fonder des familles nouvelles, l'aîné conserva néanmoins sur

(1) « Scito dominum pro tota familia rem divinam facere. » Caton, *De re rustica*, 143.

(2) *Lois*, V, p. 729.

(3) « L'aîné prend possession du patrimoine entier, et les autres frères vivent sous son autorité, comme ils vivaient sous celle de leur père. Le fils aîné acquitte la dette envers les ancêtres, il doit donc tout avoir. » (*L. de Manou*, IX, 105, 107, 126.)

Le droit d'aînesse se retrouve en Grèce. Il se prolongea à Sparte (*Fragm. des histor. grecs*, coll. Didot, t. II, p. 211), et se transforma à Athènes en un privilège pour l'aîné, qui gardait la maison, le foyer et le nom paternels.

Dans le *mir* russe, après la mort du père, le fils aîné dirige l'exploitation : le bétail, les récoltes, les meubles de toute nature appartiennent à la famille. (M. A. Leroy-Beaulieu, *Rev. des Deux-Mondes*, 15 nov. 1876.)

elles une autorité morale, une prééminence religieuse. Chaque année, le sacrifice commun réunissait autour du foyer originaire les descendants des mêmes ancêtres. Les liens de la famille se sont relâchés, mais non rompus : elle s'appelle alors la *gens* (1) ou le clan. La dispersion des branches cadettes a été rendue possible par un progrès du développement social qui a amené la formation de sociétés plus puissantes et plus grandes que la famille. C'est à ce moment que l'histoire commence.

§ 4.

La linguistique moderne est arrivée, en faisant ressortir les analogies des langues, à établir la parenté des peuples. On sait aujourd'hui que les *Hindous*, les *Grecs* et les *Romains* appartiennent tous à une même race, la race indo-européenne. Leurs ancêtres, les Aryens, ont eu pour berceau le plateau central d'Asie et, après avoir atteint un état de civilisation assez avancé, ils sont descendus, par des migrations successives, vers les plaines de l'Inde et d'Europe, où, par leurs différentes stations, ils ont formé les divers peuples dont les aventures composent l'Histoire. Après leur dispersion, ils ont eu chacun leur fortune particulière, leur développement spécial, variable suivant le pays où ils se sont fixés, la race indigène avec laquelle ils se sont mélangés, les accidents de toute nature qui ont pu influer sur leur évolution ; mais tous ont conservé de leur primitive origine des vestiges indélébiles qu'on retrouve à la fois dans leur langage et dans leurs institutions.

Nous avons vu que la famille était un petit corps organisé,

(1) Tous les membres de la *gens* portent le même nom ; ils se succèdent mutuellement, ils ont le devoir de s'entr'aider. Chaque *gens* avait ses dieux, son culte, ses fêtes, son tombeau commun, sa justice et sa législation intérieures ; chacune avait son chef qui était à la fois son juge, son prêtre et son commandant militaire.

une petite société (1) qui avait son chef, son gouvernement et pouvait se suffire à elle-même. Il arriva que plusieurs chefs de famille, sans rien abdiquer de leur souveraineté domestique, formèrent entre eux une sorte de confédération (en Grèce *phratrie*, à Rome *curie*). Réuni dans une alliance offensive et défensive, ayant une communauté d'intérêts, le groupe eut, lui aussi, ses dieux protecteurs, sa religion, son sacerdoce, sa justice, son gouvernement.

L'association continua à grandir. Les phratries et curies se réunirent pour former des *tribus* et enfin pour constituer la *cité*. Tantôt l'union se fit volontairement sous la menace d'un danger extérieur (2), tantôt elle fut imposée par la force supérieure d'une tribu ou par la volonté puissante d'un homme (3).

Mais à mesure que ces différents groupes s'agrégeaient pour former des associations de plus en plus larges et puissantes, aucun d'eux ne perdait pourtant ni son individualité

(1) D'après MM. Tylor, Lubbock et Bagehot, la société politique aurait précédé la famille; d'après Aristote, au contraire (*Politique*, Loi I, ch. I, nos 4 à 9), et d'autres auteurs modernes, la famille a été le berceau de la société politique. Nous croyons avec M. Bagehot (*Lois scientifiques du développement des nations*, p. 122 et suiv.) qu'un état de promiscuité a précédé la constitution de la famille, qu'à l'âge préhistorique, les hommes étaient des sauvages de moralité très imparfaite qui vivaient groupés autour de chefs en vue de luttes dont le but principal était la conquête des femmes. Mais il nous semble tout à fait exagéré d'appeler cet état primitif une *société politique* : c'est tout au plus une communauté instinctive, créée par le besoin.

(2) César atteste que les Germains n'avaient de chef commun que dans la guerre.

(3) Le passage où Plutarque (*Vie de Thésée*) raconte la fondation d'Athènes nous montre Thésée allant de famille en famille faire entendre les raisons qui rendaient désirable la réunion en une seule cité. Tous les subordonnés accueillirent cette ouverture avec enthousiasme, mais les chefs ne se décidèrent qu'après qu'on leur eut formellement promis « que ce seroit une chose publique non sujette à la puissance d'un prince souverain, ains plustôt un gouverneur populaire, auquel il se retiendrait la superintendance de la guerre, et la garde des loix seulement : et au demeurant que chasque citoyen (chaque chef de famille) y auroit en tout et par tout égale auctorité. » Les uns se laissèrent convaincre ; les autres, qui n'en avaient point d'envie, dit l'auteur, fléchirent néanmoins, par crainte, aimant mieux lui consentir de bonne volonté ce qu'il leur demandait que d'attendre qu'ils y fussent contraints par force.

ni son indépendance. « La cité était une confédération (1). C'est pour cela qu'elle fut obligée, au moins pendant plusieurs siècles, de respecter l'indépendance religieuse et civile des tribus, des curies et des familles, et qu'elle n'eut pas d'abord le droit d'intervenir dans les affaires particulières de chacun de ces petits corps. Elle n'avait rien à voir dans l'intérieur d'une famille; elle n'était pas juge de ce qui s'y passait; elle laissait au père le droit et le devoir de juger sa femme, son fils, son client. C'est pour cette raison que le droit privé, qui avait été fixé à l'époque de l'isolement des familles, a pu subsister dans les cités et n'a été modifié que fort tard. » (Fustel.) Il serait incompréhensible si on ne le rattachait pas à ses origines.

En résumé, les enfants trouvèrent dans le lien familial une première protection : mais cette protection était incomplète. « Tant qu'un État véritable, dit M. Flach, n'offre pas à tous une sauvegarde égale, l'individualité n'existe pas, l'individu humain est absorbé par le groupe. » La puissance sociale, à peine constituée, devait entrer en conflit avec l'autorité primitive : elle brisa les barrières de cette principauté fermée, qui était la famille, pour aller chercher, au sein même du domaine domestique, l'individu, et le soumettre au contrôle

(1) « Il ne faut pas se représenter la cité de ces anciens âges comme une agglomération d'hommes vivant pêle-mêle dans l'enceinte des mêmes murailles. La ville n'est guère, dans les premiers temps, un lieu d'habitation; elle est le sanctuaire où sont les dieux de la communauté; elle est la forteresse qui les défend et que leur présence sanctifie; elle est le centre de l'association, la résidence du roi et des prêtres, le lieu où se rend la justice; mais les hommes n'y vivent pas. Pendant plusieurs générations encore, les hommes continuent à vivre hors de la ville, en familles isolées qui se partagent la campagne. Chacune de ces familles occupe son canton, où elle a son sanctuaire domestique et où elle forme, sous l'autorité de son *pater*, un groupe indivisible. Puis, à certains jours, s'il s'agit des intérêts de la cité ou des obligations du culte commun, les chefs de ces familles se rendent à la ville et s'assemblent autour du roi, soit pour délibérer, soit pour assister au sacrifice. S'agit-il d'une guerre, chacun de ces chefs arrive, suivi de sa famille et de ses serviteurs (*sua manus*); ils se groupent par phratries ou par curies et ils forment l'armée de la cité sous les ordres du roi. » (Fustel.)
V. Mommsen, *Hist. rom.* (Marpon, 1882), t. I, p. 46, 60.

de ses magistrats et à l'action de ses lois. Cette sécularisation ne fut pas l'œuvre d'un jour : elle surmonta des résistances dont l'écho s'est perpétué jusqu'à nos jours. La raison et le temps finiront par en avoir raison.

GRECS.

La loi dut en Grèce stimuler la fécondité des mariages. Solon voulant, dit Plutarque, « que la conjonction de l'homme et de la femme se fît pour avoir lignée », n'hésita pas à intervenir législativement dans le règlement des relations conjugales. A Sparte, des récompenses étaient décernées au père de deux ou trois enfants mâles.

Ces mesures suffisent à dévoiler l'existence du mal, qu'elles essaient de corriger.

L'avortement était, en Grèce, d'une pratique fréquente, et Plutarque parle sans étonnement « de ces folles femmes qui usent de certains médicaments pour se faire avorter et jetter le fruit qu'elles ont conçu, afin de se faire incontinent remplir une autre fois et qu'elles en aient tant plus de plaisir (1). »

On a souvent discuté si l'avortement était prohibé par les lois. L'opinion de la négative se heurte à de nombreux textes. Cicéron (*pro Cluentio*, XI, 32) parle d'une femme de Milet, ville soumise aux lois grecques, qui fut condamnée à mort pour s'être fait avorter à la sollicitation des héritiers de son mari. Gallien (XIX) affirme que « Lycurgue et Solon, disciples des dieux, ont dans leurs lois, prononcé des peines contre l'auteur de l'avortement »; et cette affirmation est très vraisemblable, ces législateurs s'étant proposé pour but de favoriser l'accroissement de la population. Un passage de Musonius (2) dit formellement que les législateurs avaient prohibé

(1) *Règles et préceptes de santé.* — V. aussi Théocrite, *Idyl.* XXVII.
(2) *Stobæi sententiæ ex thesauris Græcorum delectæ*, LXXIII.

l'usage de tout médicament abortif. Citons enfin le serment placé par Hippocrate en tête de ses ouvrages (et répété plus tard par tous les médecins), par lequel il promet solennellement de ne jamais donner à une femme grosse aucun médicament qui puisse la faire avorter.

Il reste à décider si l'avortement fut prohibé d'une manière absolue par des dispositions législatives précises (1) ou s'il pût être simplement traduit devant les tribunaux chargés d'examiner en fait si, en raison de la durée de la gestation, il y avait lieu d'appliquer les peines de l'homicide (2). La seconde opinion nous paraît préférable. Hippocrate, dans son *Traité de la nature de l'enfant*, raconte qu'une femme qui craignait d'être grosse vint le trouver, et que l'ayant en effet reconnue grosse de six jours seulement, il la soumit à un exercice violent qui la délivra du sujet de sa crainte. Il est peu croyable, ainsi que le remarque Merlin (Rép. v° *Avortement*), que si Hippocrate eut regardé cette conduite comme répréhensible et contraire au serment dont nous avons parlé, il eut voulu mettre le public et la postérité dans la confidence de sa faiblesse. Il est plus probable que ces avortements hâtifs n'étaient pas considérés comme de véritables *abortiones*, mais seulement comme des *effluxiones*, qui, ne constituant pas des homicides, n'étaient frappés par aucune loi. Cette manière de voir est confirmée par Aristote qui, dans sa *Politique* (L. VII, ch. xiv, § 10) recommande de pratiquer l'avortement avant que l'embryon ait reçu le sentiment et la vie, ajoutant que le crime ou l'innocence de cette action dépend absolument de cette condition.

En tout cas, si l'avortement fut prohibé, la vente des enfants resta longtemps licite. Solon, il est vrai, défendit « de vendre ses filles ni ses sœurs, sinon que le père ou le frère

(1) M. L. Lallemand, *Hist. des enfants abandonnés*, p. 35.

(2) Hermann, *Lehrbuch der Griechischen Privatalterthümer*, IV, 1882, p. 76. — Caillemer, art. ἀμβλώσεως γραφή, dans le *Dict. d'antiq. gr. et rom.* de Saglio.

eussent trouvé, qu'étant à marier, elles eussent forfait à leur honneur (1). » Mais il ne s'agit dans ce texte que du droit de vente, considéré comme pénalité applicable à des majeurs. La prohibition ne s'applique pas, croyons-nous, à la vente des enfants en bas âge (2). Dans la comédie des *Acharniens*, Aristophane, dans une scène célèbre destinée à mettre en lumière l'extrême misère à laquelle la guerre du Péloponnèse avait réduit les populations, nous montre un Mégarien vendant ses filles, l'une pour une botte d'ail, l'autre pour une mesure de sel, comme on a vu, en réalité, les habitants de la Mecque, dans une année de famine, vendre leurs enfants pour une mesure de blé.

Il est certain aussi que les pères usaient souvent du droit qui leur était reconnu d'exposer leurs enfants (3). Ce droit était, d'ailleurs, nous l'avons vu, une conséquence de la constitution de la famille antique. Le père, chef de ce petit État, qui s'appelait la famille, avait le droit d'en interdire l'entrée à ses descendants, comme il avait le droit de les en faire sortir par l'abdication ou l'émancipation et d'introduire un étranger par l'adoption.

Le père était donc libre d'accueillir ou de repousser l'enfant que sa femme venait de mettre au monde (4). La loi de Gortyne (5), en Crète, récemment découverte et remontant au

(1) Plutarque, *Vie de Solon*.

(2) *Contra* M. Lallemand, p. 42.

(3) Diodore de Sicile, liv. 5, ch. 6. — Plutarque essaie de justifier par la misère ces abandons fréquents. (*De l'amour et charité naturelle des pères*.)

(4) M. Fustel a prétendu que ce droit appartenait au père comme prêtre. (*Cité antique*, liv. II, ch. III.) On pourrait aussi bien le rattacher à ses pouvoirs de juge en arguant de la possibilité de l'adultère et de l'incertitude de la paternité. (Ménandre, *Stobæi*, LXXIV.) Mais la loi de Gortyne prouve qu'il faut y voir surtout un pouvoir de disposition, dérivant du droit de propriété : c'est certainement là d'ailleurs le point de vue primitif.

(5) D'après cette loi, « lorsqu'un enfant est né après le divorce, la mère se transporte au domicile de celui qui a été son mari et lui présente l'enfant devant trois témoins. S'il refuse de se charger de l'enfant, la mère peut, à son choix, élever cet enfant ou l'abandonner. Mais si elle le fait périr avant de l'avoir pré-

moins à 600 ans avant J.-C., prouve qu'il conservait ce droit même après le divorce.

S'il repoussait le nouveau-né, la conséquence ordinaire était l'abandon et la mort (ἀπόθεσις). Mais souvent la mère, plus pitoyable, au lieu d'exécuter le barbare arrêt, faisait exposer l'enfant dans un lieu fréquenté où il pût être recueilli (ἔκθεσις) (1), ne se préoccupant dans son amour aveugle que de lui sauver la vie, sans s'inquiéter de ce qu'il pourrait devenir dans la suite (2). Les comédies grecques nous apprennent le sort réservé à ces malheureux abandonnés : c'était le plus souvent la prostitution ou l'esclavage, à moins qu'on ne les fît servir, dans des vues intéressées, à des substitutions d'enfants ou à des simulations de grossesse (3).

Seuls de tous les peuples de la Grèce, les Thébains avaient devancé, dans la réglementation de ces abandons, nos législations modernes. « Là, si le père était très pauvre, il devait prendre l'enfant, garçon ou fille, aussitôt après sa naissance, et le porter, enveloppé de ses langes, chez les magistrats. Ceux-ci le recevaient et le donnaient pour une somme modique à quelque citoyen, qui se chargeait de le nourrir, par un acte solennel portant expressément que l'enfant devenu grand le servirait, afin que les services qu'il lui rendrait ainsi dans l'avenir compensassent la nourriture qu'il lui fournirait dans sa jeunesse (4). »

A part cette exception, les enfants abondonnés par leur famille ou illégitimes (5) ne trouvaient dans la cité aucun

senté, elle paie une amende. » (M. R. Dareste, *Bull. de l'Acad. des sc. mor. et polit.*, mai-juin 1885, p. 926 et suiv.)

(1) V. pour la distinction entre l'ἔκθεσις et l'ἀπόθεσις, Aristote, *Politique*. (Trad. Barthélemy-St-Hilaire, 1837, t. II, p. 110, en note.)

(2) V. dans l'*Heautontimoroumenos* de Térence la scène I de l'acte IV entre Chrémès et sa femme.

(3) V. les traductions des comédies grecques par Plaute et Térence. (*Cistellaria*, *Truculentus*, *Andria*, *Hecyra*, etc.)

(4) Ælien, *Hist. var.* II, cap. VII.

(5) « Les enfants illégitimes (νόθοι), dit M. Dareste (*Journ. des Sav.*, 1874, p. 613 et suiv.) n'ont aucun droit de succession. »

asile. Seuls, les enfants légitimes, ceux qui étaient citoyens et qui étaient élevés dans une famille, étaient l'objet de quelque protection. S'ils devenaient orphelins, on leur nommait des tuteurs chargés de défendre leurs intérêts. Et même, à Athènes, les enfants des citoyens morts à la guerre étaient élevés jusqu'à dix-huit ans aux frais de l'État, qui les faisait instruire et leur allouait un équipement complet.

Ces enfants légitimes, figurant parmi les membres de la cité, n'étaient pas entièrement livrés au pouvoir arbitraire de leurs parents : de bonne heure la cité, dont les intérêts dominaient tous les autres, pénétra dans l'enceinte domestique pour les prendre sous sa protection et les mettre directement sous sa dépendance.

« Au temps de vos ancêtres, disait Démosthène aux Athéniens, les fils et les filles n'appartenaient pas seulement à leurs pères et à leurs mères, mais, avant tout, à la patrie. » (*Coron*, 205.) Cette expropriation de la famille pour cause d'utilité générale, cette mainmise sur l'enfant se retrouvent dans toutes les villes de la Grèce, mais avec plus ou moins de rigueur. Nulle part le principe du droit supérieur de la cité ne fut poussé aussi loin qu'à Sparte. A Athènes, le père était libre d'élever ou d'exposer son enfant, tandis qu'à Lacédémone, « depuis que l'enfant estoit né, le père n'en estoit plus le maistre pour le pouvoir faire nourrir à sa volonté, ains le portoit luy-mesme en un certain lieu à ce député, qui s'appeloit *Lesché*, là où les plus anciens de chaque tribu estans assis visitoient l'enfant : et s'ils le trouvoient beau, bien formé de tous ses membres, et robuste, ils ordonnoient qu'il fust nourry, en lui destinant une des 9000 parts des héritages pour sa nourriture ; mais s'il leur sembloit laid, contrefait, ou flouet, ils l'envoyoient jetter dedans une fondrière, qu'on appeloit vulgairement les *Apothètes*, comme qui diroit les dépositoires, ayans opinion qu'il n'estoit expédient ny pour l'enfant, ny pour la chose publique qu'il vescut, attendu que dès sa

naissance il ne se trouvoit pas bien composé pour estre sain, fort et roide toute sa vie (1). »

L'intérêt de la cité étant érigé en loi suprême, tous les autres droits, aussi bien ceux de l'enfant que ceux de la famille étaient foulés aux pieds. Les convenances particulières, les bienséances morales étaient sacrifiées (2).

Ces idées restèrent tellement enracinées chez les Grecs que, plus tard, lorsque le progrès des mœurs eut amené des adoucissements à cette omnipotence de l'État, les plus grands esprits proposèrent dans leurs conceptions de revenir à ce dogme impitoyable. C'est d'abord Platon qui, dans sa *République*, veut que les femmes soient communes et que les magistrats, suivant les principes adoptés pour l'élevage des chiens de chasse, « veillent à ce que les rapports des sujets d'élite de l'un ou de l'autre sexe soient très fréquents, et ceux des sujets inférieurs très rares. » Poussant jusqu'au bout la rigueur de son système, il trouve nécessaire d'élever les enfants des premiers et de détruire ceux des seconds, si on veut que le troupeau ne dégénère point. (*Répub.* liv. V.) Pour les mêmes raisons utilitaires, il est amené à fixer une limite d'âge au delà de laquelle il sera défendu d'avoir des enfants. Si les conjoints manquent à ces prescriptions, leur fruit sera détruit (3). C'est Aristote qui appelle de ses vœux une loi limitant le nombre des enfants pour chaque famille. Si vous donnez, dit-il, un lot à chaque famille et que vous ne fixiez pas le nombre des enfants, que deviendront ceux qui dépasseront le nombre voulu? Ils seront misérables et par consé-

(1) Plutarque ajoute que les sages-femmes lavaient les nouveau-nés avec du vin, voulant éprouver par ce moyen « si la complexion et la trempe de leurs corps était bonne ou mauvaise : pource qu'on dit que les enfants qui sont pour être sujets au mal caduc ou autrement catharreux ou maladifs ne peuvent résister, ni durer à ce lavement de vin, ains en sèchent, et en tombent en langueur : et au contraire ceux qui sont bien sains en deviennent plus roides et plus forts ».

(2) V. notamment Plutarque, *Vie de Lycurgue*.

(3) V. *Lois*, VI et *Théétète, Timée*, passim.

quent inutiles, ils seront une cause de trouble dans la cité. « Pour distinguer les enfants qu'il faut élever et ceux qu'il faut abandonner, il conviendra de défendre par une loi de prendre soin de tous ceux qui naissent difformes; et quant au nombre des naissances, si les mœurs répugnent à l'abandon complet et qu'au delà du terme formellement imposé à la population, quelques mariages deviennent féconds, il faudra provoquer l'avortement (1). » C'est enfin Phédon de Corinthe, qui développe, lui aussi, la nécessité de limiter la population, en employant comme moyen la destruction et l'exposition des enfants.

Toutes ces idées, en même temps qu'étranges et presque répugnantes, nous paraissent aujourd'hui bien barbares. Pour les comprendre, il faut dire que « dans les temps anciens la vie humaine comptait pour peu de chose. Passe encore pour l'homme qui était déjà citoyen et comptait dans l'organisation politique, mais l'enfant qui venait de naître n'était rien (2)... L'État était une idole impitoyable, à laquelle il était tout simple de sacrifier les jouissances, la vie de l'individu (3) ».

De ces erreurs il y a cependant une leçon à dégager : c'est que si l'on fait abstraction d'un des facteurs du problème social, si l'on ne tient pas compte de tous les droits existants, si l'on ne prend pas soin, en face des droits des collectivités, de placer, comme limite inviolable, le respect de la personnalité humaine et des droits de l'individu, on tombe forcément de l'empirisme dans l'arbitraire et dans l'injustice.

Nous venons de voir que le droit de l'État allait, dans cer-

(1) *Politique*, liv. VII, ch. XIV, § 10.

(2) L'opinion générale était que l'enfant qui n'avait pas encore reçu les soins d'une nourrice devait à peine être compté pour un homme. « *Debueramus recens natum exponere*, dit Philon (*De vita Mosis*), *quando priusquam nutricis intercedat officium, vulgus vix habet pro homine.* »

(3) Rossi, *Économie politique*.

tains cas, jusqu'à sacrifier la vie de l'enfant; il faut dire que le plus souvent il tendait à le protéger.

L'enfant étant considéré comme une particule de l'État l'État était directement intéressé à son développement. « Tous les citoyens, disait Solon, sont membres d'un même corps et quand l'un d'eux est lésé, tous doivent se sentir atteints. » Les rapports entre parents et enfants ne pouvaient donc être des rapports privés, indifférents à la société. Chaque famille, comme chaque patrimoine, était soumise à la surveillance active de tous sur chacun. Tout particulier devait compte à l'État, non seulement de l'administration de ses biens, mais du gouvernement de sa maison. Si le chef de famille abusant de ses pouvoirs, maltraitait son fils, sa fille, sa femme, tout citoyen pouvait se porter leur défenseur et faire entendre leur plainte devant la justice criminelle (1). Le père, le mari, le tuteur étaient responsables devant la collectivité. « La loi appelait en quelque sorte tous les citoyens au secours de celui qui ne pouvait se protéger lui-même et ouvrait une action publique toutes les fois qu'une personne incapable se trouvait lésée par celui-là même qui était chargé de la défendre (2). » Cette action entraînait contre le condamné « les peines les plus graves (3), » et nous savons par Eschine (4) qu'en certains cas cette peine était l'*ἀτιμία*, l'infamie. Cette action était encouragée et favorisée par la loi : L'accusateur téméraire était exempt de peine, et aucun délai n'était fixé aux plaidoiries.

Ajoutons qu'outre ce secours que les enfants trouvaient au sein de la collectivité, l'autorité publique les prenait elle aussi sous sa garde. Solon avait placé les femmes et les mineurs sous la protection spéciale de l'archonte.

(1) Démosthène, *C. Macartat*, 54.
(2) M. Gide, *Condition de la femme.*
(3) Isée, *de Pyrrh. her.*, 47.
(4) *C. Timarch.*, 28.

Nous croyons fermement qu'à l'origine toutes ces mesures n'avaient pas eu pour fondement une idée d'humanité. Le respect de la personnalité humaine, le droit de l'enfant, le devoir de tutelle sociale sont des idées relativement modernes. L'intérêt de la cité était l'unique préoccupation, et lorsque cet intérêt paraissait se heurter au droit de l'individu, c'était ce dernier qu'on sacrifiait. On le faisait bien voir aux enfants faibles et difformes!

Mais ces mesures de protection, inspirées d'abord par l'intérêt seul de la cité, arrivèrent, par une lente transformation, à être considérées comme des applications de règles morales dictées à la conscience de l'humanité par la loi naturelle.

Pour comprendre cette transformation, il faut considérer qu'en Grèce le seul législateur, le seul tribunal suprême, c'était l'assemblée du peuple souverain. « La jurisprudence n'était plus enchaînée, comme en Orient, à une religion immuable; elle n'était point entravée, comme à Rome, dans les liens d'un formalisme conservateur; libre et toujours mobile, elle n'était que l'expression vivante des mœurs, des sentiments, des émotions du peuple et d'un peuple avide plus que tout autre au monde de progrès et de nouveauté (1). » Devant un pareil tribunal, l'éloquence devait être plus forte que les raisonnements et l'équité devait l'emporter sur le droit strict. Nous n'avons qu'à voir encore aujourd'hui les impressions auxquelles cèdent le plus facilement les hommes réunis en société : ils sont gagnés par les grands mots sonores et par les nobles idées d'une philanthropie généreuse, d'une sentimentalité un peu vague. Devant un auditoire qui, pour la sensibilité, la mobilité, l'ardeur chevaleresque, l'enthousiasme aussi prompt que le doute, aussi facile que le découragement, réunissait les qualités et les défauts de notre propre race, l'orateur qui venait défendre la cause des faibles opprimés, des enfants maltraités,

(1) M. Gide, *loc. cit.*

avait d'avance cause gagnée. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dans ces conditions, le droit soit devenu en Grèce synonyme d'équité (1) et se soit confondu avec la morale.

Aussi voyons-nous que partout dans la loi grecque la notion du devoir domine celle du droit. Partout les droits et les privilèges sont pour les plus faibles; les devoirs et les charges pour les plus forts. Au lieu de la *patria potestas* romaine, qui fit peser sur la famille le despotisme domestique le plus dur, la loi attique établit entre le père et le fils un équilibre de devoirs réciproques fondés sur l'affection mutuelle et en vertu desquels le plus fort doit toujours subvenir au plus faible, tantôt le père à son fils en bas âge (2), tantôt le fils à ses parents devenus vieux (3); et si le père n'a pas pourvu à l'éducation de ses fils dans leur enfance (4), il ne peut rien réclamer d'eux dans ses vieux jours.

En un mot, ce qui était loi civile, politique, arbitraire, est devenu loi morale, naturelle, humaine. C'est sous cette étiquette séduisante que les idées grecques viendront se présenter aux yeux des Romains, et comme elles auront pour complices, dans le cœur même des parents, des sentiments inhérents à la nature humaine, elles parviendront, en dépit des résistances, à forcer les portes de cette ancienne bastille : la *patria potestas*.

(1) Les jurés d'Athènes prêtaient serment de juger selon la loi et, à défaut de la loi, suivant l'équité. (Démosth., *c. Leptin.* 118.)

(2) Les pouvoirs des parents diminuent à mesure que le fils avance en âge et cessent dès qu'il est devenu majeur. (Denys d'Halicarnasse, II, 26.)

(3) Eschine, *c. Timarch.* 28. — Xénophon, *Apomnem. Socr.* liv. I, ch. II, n° 49.

(4) Il ne faudrait pas voir là uniquement la sanction d'une obligation naturelle due par le père. Plutarque (*Vie de Solon*) détermine bien la portée de cette mesure qu'il rapporte à l'intérêt de la cité seul : « Et voyant que la ville d'Athènes se remplissait tous les jours de plus en plus, y accourant les hommes de toute part pour la grande sûreté et liberté qui y était... il essaya de faire en sorte que ses citoyens s'adonnassent aux métiers et manufactures et fit une loi que le fils ne serait point tenu de nourrir son père dans sa vieillesse, sinon qu'il lui eût fait apprendre un métier en sa jeunesse. » L'intérêt social avait décidé Solon à mettre à Athènes « en honneur et en quelque dignité les métiers »; ce même intérêt, interprété différemment avait engagé Lycurgue à Sparte « à occuper les citoyens à l'exercice des armes, sans leur faire apprendre ni exercer aucun autre métier ».

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE I.

DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'A LA LOI DES XII TABLES.

Nous ne risquons plus de tomber dans l'erreur des anciens interprètes qui attribuaient à Romulus la fondation de la puissance paternelle (1). La famille, nous le savons maintenant, a précédé la constitution de la société politique, et la cité n'a été formée à l'origine que par l'association des chefs de famille. Le chef de la confédération, le roi, a dû, même à Rome, débuter avec des attributions très modestes. Il est probable qu'à l'origine il n'eut pour fonction que de présider au culte commun (2), d'être le chef militaire du groupe, de régler les différends entre chefs de famille et de faire des rè-

(1) « La loi qui remet entre les mains du père seul les rênes domestiques avec lesquelles il doit régir toute sa famille est à peu près de la même date que celle qui a permis d'enclore un champ d'une haie ou d'un fossé. » Linguet, *Théorie des lois civiles*, Londres, 1767, t. II, liv. IV, ch. xv, p. 88.

(2) Quand les rois furent expulsés, on dut créer un roi spécial des sacrifices, *rex sacrorum*; mais on sépara le commandement du sacerdoce. — « Les rois de Sparte, dit Aristote, ont trois attributions : ils font les sacrifices, ils commandent à la guerre et ils rendent la justice. »

(*Polit.* III, 9.)

glements de police et d'administration. Romulus, le roi fondateur, selon la tradition héroïque, ne régna, suivant Cicéron (1), que *consilio patrum et auctoritate.*

Par *patres* nous entendons les anciens chefs de famille, tels que nous les avons définis. On peut porter à cinq les attributions qu'ils possédaient alors, dont trois tenaient au droit privé tel qu'on l'entendait encore (chefs religieux, juges, propriétaires) et deux intéressaient l'ordre public (chefs militaires, associés au gouvernement). Nous avons suffisamment parlé des premières. Quant aux deux dernières, il nous paraît constant qu'à l'origine les chefs de famille seuls étaient citoyens actifs et que seuls ils délibéraient au Sénat (2). Dans les assemblées par curies, chaque famille n'avait qu'un suffrage : c'était le *pater* qui votait en son nom. En cas de guerre, chaque *pater* arrivait suivi de sa famille et de ses serviteurs (3) : la réunion de ces petites troupes constituait l'armée de la cité et marchait sous les ordres du roi.

C'est à ces attributions d'ordre public que, pour s'affranchir de la tutelle des chefs de famille, les rois devaient commencer à s'attaquer. Nous savons qu'aidée dans cette lutte par la plèbe la royauté finit par l'emporter (réformes de Servius). Mais les chefs de famille essayèrent de détruire ces innovations encore mal assises en renversant la royauté qui s'en était rendue coupable. La révolution politique qu'ils accomplirent à leur profit en expulsant les rois ne fit que précipiter la révolution sociale qui devait faire conquérir aux plébéiens l'égalité du droit.

Mais si du droit public nous reportons nos regards sur le

(1) *De republ.* liv. 2, § 8.

(2) Mayuz, *Droit romain.* I, § 8, note 7.

(3) La gens Claudia mettait sous les armes plus de mille clients, la gens Fabia au moins trois cents. « Il paraît par de nombreuses indications que les demeures des familles puissantes et anciennes étaient bâties comme des forteresses, et susceptibles d'être défendues, précaution qui semble n'avoir pas été inutile. » (Mommsen, I, p. 68.)

droit privé, nous constatons que les chefs de famille sont restés souverains dans l'intérieur de leur *gens*. S'il est vrai, comme dit M. Laboulaye (1) que « l'État romain, jusqu'à l'Empire, n'a vraiment été qu'une fédération de familles, petites sociétés indépendantes que le chef seul représente au dehors et dont, au dedans, il est le magistrat, le pontife et le maître », nous ne devons pas être étonnés de ne pas trouver dans la législation romaine un ensemble de dispositions réglant les rapports de famille. Ces rapports étaient d'ordre particulier (2) et se dérobaient à toute réglementation extérieure, absolument comme, de nos jours, aux États-Unis, certaines matières réglées par les constitutions des États sont avec un soin jaloux maintenues par chaque gouvernement hors des atteintes de la constitution fédérale.

Quand la puissance sociale s'occupa des rapports de famille, ce fut pour les réglementer et pour restreindre les droits du père : ces restrictions pouvaient être soit favorables soit défavorables aux enfants.

Parmi les lois royales rapportées par les auteurs, il y en a plusieurs attribuées à Romulus et qui paraissent en effet remonter aux premiers temps de l'organisation romaine.

L'une, rapportée par Denys d'Halicarnasse, *Antiq. rom.*, liv. II, avait le sens suivant : « *Endo liberis justis jus vitæ necis, venumdandique potestas esto* (3). » Nous croyons qu'il ne faut pas voir dans cette loi le titre initial de la puissance paternelle, mais seulement une sorte de charte garantissant des droits préexistants.

(1) *Étude sur la condition publique des femmes.*

(2) Si l'État ne pouvait intervenir dans la famille, les pères ne pouvaient pas non plus requérir son intervention. Ils ne pouvaient pas recourir aux magistrats ni à la force publique pour contraindre un fils rebelle : le fils qui bravait l'autorité paternelle était déclaré *sacer* (Festus, voc. *Plorare*), ce qui n'était pas une pénalité publique, mais plutôt une sorte d'excommunication.

(3) Il est fait mention de ce texte dans la L. 11. Dig. *De liber. et posthum.*, dans la L. 2, C. Théod., *De liber caus.*, dans la L. dern., C., *De patr. potest.*, et dans la *Confér. des lois rom. et mosaïques*, tit. 4, § 8.

Les interprètes ont tiré de ce texte les conséquences suivantes, c'est que Romulus n'ayant pas mis de bornes à l'autorité du père, celui-ci peut non seulement exposer ses enfants, mais encore les maintenir en prison, les frapper de verges, les envoyer enchaînés travailler aux travaux des champs, les déshériter, les vendre comme des esclaves et même les punir du dernier supplice.

A propos du droit de vie et de mort et du droit de vente, il importe dès à présent de faire une différence dans l'application faite de ces deux droits soit à des enfants en bas âge soit à des enfants devenus grands. En usant de son droit vis-à-vis des premiers, le père agit surtout comme propriétaire; vis-à-vis des seconds, il agit surtout comme juge. Nous verrons que la distinction a son intérêt.

Ajoutons enfin que la puissance était conservée au père pendant toute la durée de sa vie, qu'elle n'était pas, de son vivant, partagée par la mère ni, après lui, exercée par elle (1); qu'elle s'étendait non seulement sur tous les fils et les filles jusqu'à la mort du père, mais encore sur tous les descendants mâles même mariés, et nous aurons les principaux caractères de la puissance paternelle romaine, qui, suivant l'expression de Vinnius (2), « *neque finem habuit nec modum. Non finem, quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessisset, et laudem singularis erga rempublicam studii consecutus esset. Non modum, quia immensa fuit et plane despotica.* »

Une société a le droit de maintenir son existence et de se

(1) Les anciens croyaient que le père seul jouait un rôle dans la génération. « La femme est considérée par la loi comme le champ et l'homme comme la semence. » (*Manou*, IX, 33, 35, 36.) « Les femmes, disait aussi le Koran, sont le champ de l'homme. » (Ch. II, 223.) — Eschyle développe la même théorie dans la troisième partie de son *Orestie*, dans les *Furies*. La mère, selon lui, n'est que dépositaire, c'est le père seul qui enfante. Oreste est absous de son matricide, parce qu'il n'était pas parent de sa mère. Ces fausses idées physiologiques contribuaient à donner à la femme dans la famille un rang inférieur.

(2) *Comment. des Instit.*, I. IX. 2 § 2.

développer. Pour atteindre ces deux buts, elle peut imposer aux individus qui la composent des contraintes et leur commander une action ou une abstention, là où auparavant les actes étaient entièrement libres.

La puissance paternelle reçut une restriction de ce genre par une loi de Romulus (1), dont le sens nous a été conservé par Denys d'Halicarnasse (II, 15). Cette loi imposait aux pères l'obligation d'élever tous leurs enfants mâles et la première-née de leurs filles; elle défendait de mettre à mort aucun enfant âgé de moins de trois ans : il y avait une exception pour ceux qui, au moment de la naissance étaient estropiés, ou qui étaient de véritables monstres.

Examinons le sens et la portée de ces dispositions qui restreignent le pouvoir qu'avait le père de disposer seul du sort de ses enfants.

La ville naissante avait besoin de voir croître sa population guerrière. Donc tous les enfants mâles devront être élevés; les filles étant moins utiles, on n'en conservera qu'une par famille, pour servir en quelque sorte à la reproduction.

Mais si les besoins de la défense demandaient une population nombreuse, ils n'exigeaient que des citoyens robustes. Le père pourra détruire l'enfant qui naît débile ou avec quelque difformité considérable (*ad insignem deformitatem*), c'est-à-dire avec une mauvaise conformation ou avec quelque membre de moins (2). Cette disposition ne s'appliquait pas aux filles (3).

(1) Cicéron (*De legib.* III, 8), fait mention de cette loi en ces termes : « *Deinde cum esset cito necatus, tanquam ex duodecim Tabulis, insignis ad deformitatem puer.* » Terrasson (*Hist. de la jurispr. rom.*, part. I, par. VII, Loi XXVI) critique l'opinion de J. Godefroy et des autres auteurs, qui appliquaient cette loi aux monstres et aux enfants d'une taille prodigieuse. Nous croyons qu'il y a eu deux dispositions, sinon deux lois distinctes, l'une relative aux monstres (*Monstrosos partus sine fraude exponere jus esto,* Heineccius, *Hist. jur. civ. Rom.*, L. I, cap. I, § 8), l'autre aux enfants débiles et estropiés (*monstrosi, debiles aut insignes ad deformitatem*, Den. d'Halic.)

(2) « *Insignem, id est aliquo membro mutilato,* » dit un commentateur des XII Tables, cité dans la Collection de Lewius, *de origine et progressu juris civilis romani,* p. 267.

(3) Le mot *puer* employé par Cicéron, a toujours, dit Terrasson, signifié un

Enfin la cité avait besoin de conserver la faveur divine. Or la naissance des monstres était considérée à Rome comme un présage funeste, envoyé par la colère des dieux. Tous les citoyens étant solidaires les uns des autres vis-à-vis des dieux, la loi ordonnait au père de purifier la cité en détruisant immédiatement ces enfants de malheur : après quoi on tâchait d'apaiser les dieux par des *supplicationes* publiques.

Mais pour empêcher que le père n'abusât de ce prétexte pour se débarrasser d'enfants parfaitement sains, on lui imposait l'obligation de soumettre les enfants qu'il voulait exposer à cinq voisins, chargés de vérifier s'ils étaient réellement monstrueux ou mal conformés (1).

Faute de se conformer à ces diverses prescriptions, le père était condamné à des peines pécuniaires très fortes.

Cette loi s'abritait sous le couvert de la religion et de l'intérêt public pour battre en brèche la puissance du père. Celui-ci, cependant, aurait pu protester qu'en lui enlevant le droit de vie et de mort la loi portait atteinte à son droit de juridiction domestique. Aussi la loi a-t-elle soin de dire que ce droit n'est pas touché par elle. Le père ne pourra pas, il est vrai, mettre à mort aucun enfant âgé de moins de trois ans, mais c'est que dans un âge aussi tendre, comme dit Grotius (2), « les enfants ne sont guère capables de tomber dans ces crimes atroces qui méritent la mort. » Les pouvoirs du juge restent donc intacts.

Telles sont les premières restrictions apportées au droit d'exposition et au pouvoir de vie et de mort ; voyons maintenant celles apportées au droit de vente (3).

enfant mâle. D'ailleurs la paraphrase de Godefroy est ainsi conçue : Pater *filium* sibi natum monstrosum vel prodigiosum statim necato. »

(1) C'est sans doute à cet ancien contrôle que fait allusion Q. Curt. Rufus, l. 9. « *Genitos liberos non parentum arbitrio tollunt aluntque, sed eorum quibus infantium spectandi habitum cura demandata est.* »

(2) *Droit de la nature et des gens*, l. VI, c. II, § 6.

(3) On retrouve dans une comédie de Plaute, *Persa*, un vestige de cet ancien

Le père, nous le savons, pouvait disposer de ses enfants; il pouvait les céder à un autre par la *mancipatio*. Mais c'était plutôt là un louage de services qu'une véritable vente. Les enfants ne perdaient pas leur ingénuité primitive (1). La cérémonie quinquennale du cens rompait les liens de quasi-servitude qui les attachait à leur maître temporaire : comme il y avait eu non pas vente, mais louage (2), ils ne devenaient pas par là indépendants, *sui-juris*, ils retombaient sous la puissance de leur père qui conservait indéfiniment le droit de les céder de la même façon à d'autres possesseurs.

La loi de Romulus, dont Denys d'Halicarnasse (II, 26, 27) nous a conservé le sens et Ulpien (tit. X, 1) le texte : « *Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber esto,* » a eu pour but de fixer un terme à ce pouvoir de disposition du père. Après trois louages successifs, le fils était émancipé (3). Plus tard, comme les Romains se préoccupaient peu des moyens qu'ils pouvaient employer pour atteindre le résultat qu'ils cherchaient, les pères qui voulurent émanciper leurs enfants, soit pour les rendre libres, soit pour les faire passer sous la puis-

droit de vente. Une fille dit à son père qui la contraint : *Vel tu me* vende *vel face quid tibi lubet.* »

(1) L. 10, Code VIII, 47. « *Libertati a majoribus tantum impensum est, ut patribus quibus jus vitæ in liberos, necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret.* »

(2) Faute d'avoir compris cette distinction, Denys d'Halicarnasse a reproché à la loi de rendre la condition des fils de famille plus rude que celle des esclaves (ce qui était d'ailleurs inexact, puisque à cette époque la protection se trouvait dans le maintien du lien familial) et J. Godefroy a cru (*XII Tables*, IV) qu'il ne s'agissait que des trois ventes imaginaires de la *manumissio*. Mais Schulting (*Ulp.* Tit. X), Bynkersk (*De jur. occid. liber.* VI) et Cel. Thomasius (*De usu pract.* De patr. pot. I) ont répondu à ce dernier que les formalités de la *manumissio* étaient celles des *actions de la loi*, qui n'ont été organisées que par les XII Tables. Donc les ventes dont parle la loi citée par Ulpien (et qui sont certainement antérieures aux XII Tables, puisque Numa y a apporté de nouvelles restrictions) sont bien des ventes réelles : seulement ce sont des ventes de personnes libres.

(3) Les filles et les petits-fils étaient affranchis par une seule vente. (Gaïus, I, § 132 et 134.)

sance d'un autre, se servirent de ces trois ventes comme d'un procédé commode qui remplissait leur but. Ces trois ventes, dans la suite, devinrent donc fictives et constituèrent le cérémonial de l'émancipation et de l'adoption.

Les enfants purent être donnés à bail par leur père pour trois périodes de cinq ans chacune, au maximum. Cette faculté, même ainsi restreinte, parut encore exorbitante. Il sembla bien dur de permettre au père de vendre son fils, alors que celui-ci était engagé dans les liens d'un mariage religieux que lui-même avait autorisé. Une loi, attribuée par Denys d'Halicarnasse (II, 27) à Numa Pompilius décida qu'un fils ne pourrait plus être vendu en aucune façon, lorsqu'il aurait épousé, avec la permission de son père, une femme qui, d'après les lois, participât à ses dieux. Cette participation ne s'acquérait que par la confarréation. Un fils qui avait contracté un mariage *usucapione* n'était pas dans le cas de la loi et pouvait toujours être vendu. Numa, dont le règne a eu plus encore que tout autre un caractère religieux, a voulu sans doute, par cette exclusion, détourner la jeunesse romaine des mariages d'ordre inférieur.

Le jurisconsulte Marcellus (1) nous a conservé le texte d'une autre loi du même Numa : « *Mulierem quæ prægnans mortua fuit, humari, antequam partus ei excidatur, non licito. Qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.* » Cette loi, inspirée par le souci d'augmenter la population, s'opposait à ce qu'une femme qui mourait enceinte emmenât avec elle dans le tombeau un enfant qui n'avait pas encore vu le jour. Le mari était rendu responsable envers la République de l'enfant que sa femme, lors de son décès, portait dans son sein. Peut-être cette disposition avait-elle aussi pour but d'enlever tout intérêt au meurtre possible d'une femme enceinte par un mari qui ne voulait pas d'enfant et

(1) Dig. l. 2, *De mortuo inferendo.* XI, 8.

qui, depuis la loi de Romulus, n'avait plus la faculté de l'exposer à sa naissance.

Les lois que nous venons d'expliquer ne passèrent pas toutes dans la législation des XII Tables. Nous avons dit que l'expulsion des rois avait été une réaction de l'ancien esprit conservateur des chefs de famille contre les innovations de la royauté. Nous ne devons donc pas nous étonner que les lois restrictives de la puissance paternelle, spécialement la loi de Romulus qui mettait des limites au droit qu'avait le père d'exposer ou de mettre à mort ses enfants, ne figurent pas dans l'œuvre des Décemvirs. Denys d'Halicarnasse ajoute même avec beaucoup de vraisemblance que si les XII Tables ont maintenu l'émancipation du fils après trois ventes successives, c'est que les Décemvirs n'ont pas osé sur ce point revenir en arrière de la loi de Romulus. Les enfants monstrueux ou difformes durent être immédiatement détruits : cette suppression, que Romulus n'avait fait, dit-on, qu'autoriser, devint obligatoire : la crainte de la colère divine et peut-être aussi l'imitation des lois de Lycurgue expliquent ce surcroît de rigueur.

CHAPITRE II.

A COTÉ DU DROIT.

La loi des XII Tables consacrait la puissance presque illimitée du père de famille. Or cette loi est toujours restée la base fondamentale de tout le droit romain : elle a servi à la fois d'assise et de façade au développement ultérieur de la jurisprudence et de la doctrine. En fait, sur le point qui nous occupe, nous ne trouvons pas pendant toute la durée de la République, de disposition législative venant restreindre l'arbitraire de la puissance paternelle. Le père, d'après la loi écrite, eut toujours le droit, sans avoir à rendre de compte, de faire de son enfant ce que bon lui semblait, même de le tuer. Les interprètes qui rapportent simplement cette disposition, sans entrer dans plus de développements, n'ont pas l'air de faire de différence entre le droit de Rome et les coutumes des peuples sauvages, qui, nous l'avons vu, font du père le maître absolu de ses enfants. Il convient d'entrer dans le détail des choses et de faire une place, dans l'ensemble des institutions juridiques de Rome, à certains facteurs qui, en dehors et à côté de la loi écrite, pouvaient, par leur action permanente et régulière, modifier le droit.

Il n'y eut jamais, en effet, « un droit dans lequel la formule abstraite de ce qui pouvait ou devait arriver s'écartât

4

autant de ce qui arrivait en réalité (1). » Il est nécessaire, à côté du droit romain antique, de faire intervenir les *usages* de Rome antique. « Le droit privé de Rome tout entier et le droit public de cette époque sont basés sur la supposition que tout détenteur d'un pouvoir privé ou public en usera dignement. La possibilité des abus les plus exécrables subsiste toujours par elle-même. Le pouvoir du père implique la possibilité que le père tue son fils sans motif aucun. » Dans un pareil système de liberté (2), le droit ne vaut que ce que valent les mœurs, et il faut, pour se rendre compte du véritable état moral de la société, prendre en considération le caractère, la civilisation, les idées religieuses et morales du peuple, ses usages et ses institutions particulières. Si l'on négligeait ces éléments d'information, on aurait du droit vivant et agissant une idée aussi différente de la réalité que le squelette diffère du corps animé des couleurs et des grâces de la vie.

Nous nous expliquerons peut-être ainsi le silence des lois romaines. Il ne suffit pas, en effet, de dire avec M. Gide que « les anciens Romains considéraient les devoirs de famille comme d'une nature trop noble et trop délicate pour les livrer au contrôle indiscret des tribunaux et aux débats d'une procédure publique. » Si réellement les Romains avaient *pu* librement commettre les excès que strictement la loi ne leur interdisait pas, Rome, quelle que fut sa répugnance à pénétrer dans les relations privées, n'eût pu continuer à s'enfermer dans son indifférentisme moral et à refuser de s'occuper des besoins qui s'imposent à toute société policée. Si les lois ont si longtemps fait défaut, c'est que les mœurs les rendaient inutiles. Et par là nous n'entendons pas seulement la digue que la pureté des mœurs, la probité des caractères et le frein

(1) Jhering, *Esprit du droit romain*, t. I, p. 83.
(2) *Ibid.*, t. II, p. 126 et 127, 135 et suiv.

de l'opinion publique pouvaient opposer aux abus de la liberté : cela ne suffirait pas. A défaut du contrôle des lois, il fallait que le contrôle des mœurs fût normalement organisé pour constituer un contre-poids régulier. S'appliquant à des rapports d'un ordre moral, comme ceux de la famille, ce contrôle purement moral avait ses avantages.

Rappelons que dans la Rome antique l'unité sociale n'était pas l'individu, mais la famille. L'individu, sujet de droit, maître de sa personne et de ses biens, libre de ses actes, était une conception alors inconnue. Tout ce qui a trait à l'individu intéresse au plus haut degré la *gens* dont il fait partie. La *gens* est une association offensive et défensive, fondée sur la parenté et reposant sur un rapport de coordination. L'impuissance d'un gentil à tirer vengeance d'une injure ou à faire valoir un droit obligeait la *gens* à le venger ou à l'assister; de même aussi l'insolvabilité d'un gentil imposait à la *gens* l'obligation de venir à son secours. Cette assistance réciproque, cette sorte d' « assurance mutuelle contre la misère et les injustices » autorisait l'association à imposer des restrictions à chacun des associés. Tous les *gentiles* étant égaux, ces restrictions ne sont que la compensation des avantages assurés à chacun d'eux par le fait de leur entrée dans l'association. Elles ne constituent pas une atteinte plus grande à la liberté que les restrictions provenant de toute convention librement consentie. La *gens* pouvait procéder par décret (1), édicter des prescriptions, imposer des amendes. En cas d'insoumission, la *gens* prononçait contre le coupable réfractaire l'exclusion de son culte et même l'expulsion de son sein. L'exécution des ordres de la *gens* dépendait donc de la volonté du coupable lui-même, de son acquiescement, absolument comme dans la cité, tout accusé avait le droit d'échapper à

(1) La *gens* pouvait de cette façon interdire à ses membres l'usage d'une faculté tolérée par la loi. C'est ainsi que précisément la *gens Fabia* défendit le célibat et *l'exposition des enfants*. (Denys d'Halic. IX, 22. — Tite-Live, VI, 20.)

une condamnation en s'exilant volontairement (1). Le droit d'exclusion était pour la *gens* un moyen de contrainte indirect, analogue à celui que l'Église, au moyen âge, devait trouver dans l'excommunication.

Dès l'origine la *gens* avait donc le moyen d'exercer sur chacun de ses membres un pouvoir censorial et de prévenir ou de réprimer indirectement les abus possibles de la liberté, —illimitée en théorie —, de l'individu. Ce pouvoir censorial protège contre les traitements cruels et tyranniques les enfants, les femmes et les esclaves. Car, dans l'idée même du droit romain, la puissance absolue n'est confiée à l'individu que pour qu'il en fasse un usage juste, et non un usage purement arbitraire. Le père fut assimilé aux autres magistrats (2), contre lesquels la liberté des citoyens était protégée non par la limitation de leurs prérogatives, mais par leur responsabilité.

Le père, avons-nous dit, peut mettre à mort son fils même majeur (3), mais s'il se croit autorisé à user de son droit de vie et de mort, il ne manquera pas de réclamer l'assistance de sa *gens,* de lui exposer ses griefs et de fortifier sa décision de l'autorité impartiale et respectée de sa famille. Nous avons trouvé tout à l'heure dans la *gens* l'origine des pouvoirs du censeur, nous y trouvons maintenant la naissance du Tribunal de famille.

Un grand rôle doit être fait dans le *modus vivendi* de la famille romaine à ce tribunal de famille, composé des cognats, des proches et parfois même des amis, c'est-à-dire de tous ceux qui constituaient « l'entourage moral de l'individu, le champ où son existence morale domestique pousse ses ra-

(1) « *Quam multam si sufferre voluissent, tum manere in civitate potuissent.* » (Cicéron, *pro Cæcina,* c. 33 et 34.)

(2) Tous les magistrats romains devaient, dans l'exercice de leur juridiction, se faire assister d'un *consilium,* dont ils choisissaient d'ailleurs librement tous les membres. (V. M. G. Digard, *De la « patria potestas,* » thèse de doctorat, 1882, p. 18 en note.)

(3) V. les exemples dans Valère-Maxime, V, VIII, 2; Salluste, *Catilin.*, 39; Sénèque, *De Clementia*, XV; Plutarque, *Vie de Publicola,* XI.

cines, le chœur qui doit, comme dans la tragédie antique, par son approbation ou son blâme, déterminer ses actions et dont la faveur ou la disgrâce, l'assistance ou l'abandon décident de la paix et du charme de son existence (1). » Sans doute ce tribunal n'a pas d'organisation légale. Aucune loi ne précise les individus qui seront appelés à le composer (2); sa convocation même n'est pas légalement exigée. Le père, qui peut se dispenser de le consulter, peut aussi à la rigueur se dispenser de suivre son avis. L'hypothèse est permise dans le domaine légal. Mais dans le domaine moral où nous sommes, ces infractions trouveront leur répression. Le père qui, sans convoquer ses parents et ses amis ou au mépris de leur sentence, prendra vis-à-vis de sa femme ou de ses enfants des mesures graves, ne sera sans doute frappé d'aucune pénalité; mais d'abord il soulèvera l'opinion publique et rencontrera une désapprobation générale : sa conduite provoquera un éclat et un scandale. Le censeur, gardien de la morale publique et interprète de l'indignation populaire, pourra intervenir en frappant le coupable des peines dont il dispose (3). Enfin, si la mesure que le père a prise sous sa propre responsabilité est trop choquante, elle pourra l'exposer à une accusation criminelle devant le peuple, qui, à la fois législateur et juge, pouvait suppléer au silence des lois pour venger la morale outragée (4). Il n'y avait pas là à proprement parler de restriction légale de la puissance paternelle. « Le peuple jugeant au criminel, dit M. Geib, (5) peut être

(1) Jhering, t. II, p. 209.
(2) Polybe (liv. VI, fr. 1) étend jusqu'aux cognats du sixième degré le *jus osculi*, établi pour que les femmes ne pussent pas violer impunément la défense de boire du vin : on en a conclu que les parents qu'elles devaient baiser sur la bouche étaient ceux qui avaient le droit de les condamner si elles étaient en faute et qu'ils étaient par conséquent membres de droit du tribunal domestique. (Fresquet, *Du tribunal de famille*, Rev. histor. 1855.)
(3) Valère-Maxime, II, IX, 2. — Cicéron, *De Republ.*, IV, 6.
(4) Sénèque, *De Clementia*, I, 14. — Pline, *Hist. natur.*, XIV, 14.
(5) Geib, *Gesch. des rœm. Kriminalpr.*, p. 126.

comparé aux juges d'Athènes : il était considéré comme étant, non pas au-dessous, mais au-dessus de la loi et pouvait y suppléer en vertu de sa puissance législative (1). »

En dehors des cas où la faute de l'enfant à punir était tellement manifeste que l'on pouvait sans risques se mettre au-dessus de la coutume (2), la prudence conseillait donc au père d'abriter sa responsabilité sous celle du tribunal de famille. L'intervention de ce tribunal était de règle dans l'exercice du *jus necis ac vitæ;* l'usage l'exigeait encore dans tous les événements importants qui pouvaient se produire au sein de la famille. Ses membres étaient les protecteurs naturels de toutes les personnes de leur parenté qui avaient besoin d'assistance. Ils étaient tout désignés pour, dans l'exercice de la puissance paternelle, s'interposer entre la violence du père et l'insoumission de l'enfant. Comme les anciens *gentiles*, ils proposaient dans l'intérêt des enfants du dissipateur l'établissement d'une *cura prodigi;* bien avant l'intervention du prêteur, ils veillaient aux intérêts des orphelins (3) et ils surveillaient le tuteur dont ils pouvaient, par l'action *suspecti tutoris*, demander le renvoi.

La censure, introduite deux ans après la *Lex Canuleia* qui permit le *connubium* des plébéiens et des patriciens, ne fut que l'application à tous les citoyens du pouvoir censorial, rattaché jadis à l'organisation patricienne de la *gens*. Les pénalités que les censeurs purent appliquer eurent le même caractère que celles dont la *gens* pouvait autrefois disposer : le blâme (*nota*) (4) et l'exclusion (de la tribu, du sénat, du corps des

(1) Valère-Maxime (5,4,3) rapporte même qu'un père fut décrété d'accusation pour avoir exclusivement employé à des travaux agricoles un fils appelé, de par son talent et sa parenté, à de hautes destinées, et lui avoir ainsi fermé la carrière politique.

(2) Val. Max. 5,8,3. — 6. 3, 9. — Salluste, *Catilin.*, 39.

(3) Appien, *De Bell. civ.*, IV, 30. — L. 1, Cod. IX, 15. — L. 4, *Dig.*, liv. XXVII, tit. 2, etc.

(4) La décision de la *gens*, comme celle du censeur, s'appelait *nota*. (Tite-Live, IV, 20.)

chevaliers) etc. Elles reposent sur cette idée que la communauté ne peut pas punir matériellement un individu indigne, mais qu'elle peut le flétrir moralement et le répudier.

Le censeur hérita du pouvoir familial, intime de la *gens* (1); il put demander compte aux citoyens non seulement de leurs actions déshonorantes ou immorales, mais encore de leur gestion économique ou de leur conduite irrégulière ou légère (2). Le censeur intervenait, en un mot, « partout où quelqu'un avait violé la condition, tacitement imposée à chacun, de faire un usage digne et intelligent de la liberté illimitée que le droit accordait à tous (3) ».

Pendant toute la durée de la République et jusqu'à la fin de l'Empire, la loi des XII Tables constitua la base du droit romain. Sous la pression de nouveaux besoins sociaux, le droit dut sans doute se modifier. Mais avant que ces modifications fussent avouées publiquement et directement opérées, elles ne s'introduisirent pendant longtemps que par des moyens détournés. On n'abrogea pas la vieille loi, on n'émit même pas la prétention de la remplacer, on ne révolutionna pas le droit; on affecta de respecter les anciens textes, on ne fit que les compléter et les amender au fur et à mesure des besoins nouveaux. M. Summer-Maine (l'*Ancien droit*) évalue à trois les moyens par lesquels le droit se met en harmonie avec les besoins sociaux : les *fictions légales*, les *considérations d'équité* et la *législation*. A Rome notamment, ces moyens se sont manifestés dans l'ordre où nous les avons cités.

(1) « *Prætorium jus ad legem, censorium judicium ad æquum æstimabatur.* » Varron, *De ling. latin.*, lib. V., p. 58. — V. Cicéron, *De legib.*, III, 3.

(2) Caton chassa du Sénat un Manlius « pour autant qu'en plein jour et devant sa fille il avait trop amoureusement embrassé sa femme. » Lui-même « se donnait autant garde d'user de paroles sales et vilaines en la présence de son fils comme il eût fait devant les religieuses vestales. » Il appliquait par avance la belle maxime du satyrique : « *Maxima debetur puero reverentia.* » Il disait aussi « que celui qui battait un enfant commettait aussi grand sacrilège comme qui violerait ou pillerait les plus saintes choses qui soient au monde. »

(3) Jhering, I, p. 195.

Il nous faut dire un mot des causes qui ont amené cette insensible transformation du droit. Nous verrons au chapitre suivant que le changement qui s'était produit dans les mœurs devait entraîner dans le droit un changement correspondant. Les progrès de la puissance romaine avaient amené dans Rome une population nouvelle d'affranchis et d'étrangers. Pour cette population, attirée surtout par les affaires et le commerce, il allait falloir constituer un droit nouveau. Car n'oublions pas que l'ancien droit quiritaire ne s'appliquait qu'aux citoyens romains et était fermé à l'*hostis*, c'est-à-dire à l'étranger, alors qu'étranger et ennemi étaient synonymes. Où allait-on chercher ces nouvelles règles nécessaires pour trancher les difficultés entre étrangers et les contestations entre étrangers et Romains?

En reculant ses frontières par des victoires nécessaires, le peuple romain était venu se heurter à la civilisation grecque qui régnait alors sur les bords de la Méditerranée de Cumes jusqu'à Byzance. C'est une loi de l'histoire qu'un peuple barbare, mis en contact avec une civilisation plus avancée, soit gagné par elle. Les Romains se laissèrent envahir par les mœurs, par la littérature, par la philosophie de la Grèce (1). Un des principes favoris de cette philosophie était la règle un peu vague de « vivre conformément à la nature. » De ce principe à l'idée d'un droit naturel, préexistant et supérieur au droit positif et devant lui servir de guide et de modèle, il n'y avait qu'un pas. Nous avons dit ailleurs comment le droit grec s'était modelé d'après cet idéal qui allait maintenant diriger l'évolution du droit romain. Car ce fonds d'idées nouvelles ne fournira pas seulement des règles au *jus gentium :* appliqués par les mêmes magistrats, le droit nou-

(1) C'est avec raison que Huschke (*Constitution de Servius Tullius,* Préface, p. 17) décrit le peuple romain « comme un de ces peuples centraux dans lesquels se réunissent, comme dans un foyer lumineux, les rayons dispersés de l'humanité.

veau et le droit ancien devaient réagir l'un sur l'autre.

Il y avait encore d'autres causes pour que l'ancien droit fût modifié dans le sens des idées nouvelles, Une réaction s'était faite dans les esprits contre les exagérations de la puissance paternelle (1). Jamais d'ailleurs les Romains n'avaient permis que cette puissance s'exerçât au détriment des intérêts de l'État. Le fils restait sous la dépendance de son père, pour son existence privée, dans l'intérieur de la famille; mais au dehors, comme citoyen, comme militaire, comme magistrat, il était pleinement libre. Or, comme l'histoire de Rome ne fut qu'une longue suite de guerres et de conquêtes, la plupart des jeunes gens, une fois enrôlés dans l'armée, étaient, pour ainsi dire, émancipés de fait (2) : les postes militaires établis sur les frontières, les colonies lointaines essaimées à l'étranger aidaient à cet affranchissement. Pendant la paix, l'unique carrière ambitionnée par la jeunesse romaine était la carrière des magistratures et des fonctions publiques, autre source d'émancipation. Dans les classes inférieures de la société, le commerce tendait au même but. Les jeunes gens allaient faire du commerce par mer ou fonder des comptoirs à l'étranger. Cette cause d'affranchissement a été trop négligée. « C'est le

(1) Cette réaction se traduit dans tous les ouvrages des auteurs latins.

« Leniter qui sæviunt sæpiunt magis. »
PLAUTE, *Bacchides*.

« Quam iniqui sunt patres in omnes adolescentes judices,
« Qui æquum esse censent nos jam a pueris nasci senes,
« Neque illarum adfines esse rerum quas fert adolescentia!
« Ex sua libidine moderantur nunc quæ est, non quæ olim fuit. »

« Mihi si unquam filius erit, me ille facili utatur patre. »
TÉRENCE, *Heautontimoroumenos*, 2, 1.

« Cogita et illum puerum esse et te fuisse; atque ita hoc quod es pater, utere, et memineris et hominem esse te, et hominis patrem. » (Pline le Jeune, *Epist.* IX, 12.)

(2) Il faut encore ici distinguer le fait du droit. « *Errat, qui tibi persuasit, quod nexu paternæ potestatis, jure sacramenti solutus es. Manent enim nihilominus milites in potestate parentum.* » (L. 3. Cod. XII, 37). Dioclétien et Maximien tendirent à mettre le droit d'accord avec le fait. (L. 7, Code, VIII, 47.)

commerce, dit avec raison M. Courcelle-Seneuil (1), qui, bien avant la philosophie, avant la religion et le droit, a mis en pleine lumière la valeur de l'individu. » — « Ce que le christianisme a fait sous ce rapport pour le monde moderne, le commerce le fit pour l'antiquité (2). »

Les différentes causes que nous venons d'énumérer, jointes à l'influence des idées philosophiques et juridiques importées de Grèce, devaient amener l'émancipation graduelle de l'individu. Dans toute créature humaine, on arriva à reconnaître une *personne* ayant des droits, activement et passivement. Révolution considérable, à laquelle il est difficile de fixer une date précise, parce qu'il est rare que les contemporains attribuent aux faits qui se passent sous leurs yeux leur importance et leur signification réelles, mais qui se traduit à la fois dans les mœurs, dans la littérature et dans le droit, par des manifestations auxquelles il est impossible de se méprendre.

Dans ses *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit* (3), Kant a montré très éloquemment les conséquences que ce point de vue, nouveau dans l'histoire, devait entraîner. Nous ne citerons que le principal passage : « Les enfants, comme *personnes*, ont aussi par là originairement, comme un avantage inné (4), droit aux soins de leurs parents jusqu'à ce qu'ils soient capables de se conserver eux-mêmes. — En effet, comme le fruit produit est une *personne* et qu'il est impossible de s'expliquer par une opération physique la production d'un être doué de liberté, c'est, au point de vue *pratique*, une idée tout à fait juste et même nécessaire que de considérer la procréation comme un acte par lequel nous avons mis au monde une *personne* sans son consentement et d'une façon tout arbitraire et qui nous impose l'obligation de lui rendre aussi

(1) Introduction à l'*Ancien droit* de Summer-Maine.
(2) Jhering, I, p. 233.
(3) § XXVIII.
(4) *Angeerbtes.*

agréable que nous le pouvons faire cette existence que nous lui avons donnée. Les parents ne peuvent détruire leur enfant, comme si c'était une œuvre mécanique (1) (car on ne peut considérer ainsi un être doué de liberté) et leur propriété, ni même l'abandonner au hasard; car ce n'est pas seulement une chose (2), mais un citoyen du monde (3) qu'ils ont produit, et l'existence qu'ils lui ont donnée ne peut, suivant les idées du droit, leur être indifférente. »

Aristippe (4) nous a conservé la parole d'un Grec à qui sa femme reprochait de rejeter son fils : « Cependant, insistait-elle, il est né de toi. » Le père cracha par terre. « Ceci aussi est sorti de moi, dit-il tranquillement, mais je n'en ai que faire (5). » Que l'on rapproche cette réponse du magnifique langage de Kant, et l'on saisira toute la différence qui sépare le point de vue ancien du point de vue moderne.

Il ne faut pas compter trouver dans le droit romain des derniers temps une déclaration solennelle de principes, une proclamation des droits de l'homme. Ces principes se retrouvent parfois, il est vrai, sous une forme abstraite, dans les écrits des jurisconsultes imbus des idées stoïciennes et de la philosophie grecque (6). Mais ils ne furent mis en application que progressivement, sous la poussée des besoins, pour satisfaire aux intérêts les plus pressants et sans qu'on s'en doutât pour ainsi dire. « Ce qui nous paraît aujourd'hui inhérent à la nature du droit lui-même..... ne doit point sa réalité pratique à la puissance de la conviction juridique, à l'idée de la

(1) *Als ihr Gemæchsel.*
(2) *Ein Weltwesen.*
(3) *Ein Weltbürger.*
(4) *Stobæi Sententiæ ex thesauris Græcorum delectæ*, LXXIV.
(5) Dans l'*Heautontimoroumenos*, de Térence, un père retrouvant une fille qu'il avait ordonné de détruire à sa naissance dit : « L'homme n'est pas toujours ce qu'il veut être ; les circonstances l'en empêchent souvent. Aujourd'hui je me trouve en position de désirer une fille, je ne désirais rien moins alors. » (Acte IV, scène I.)
(6) Ils se retrouvent même dans la bouche du plus farouche ennemi des idées nouvelles et de l'influence grecque, du vieux Caton. (V. plus haut, p. 55, n. 2.)

justice. C'est l'œuvre de l'activité humaine, mise en branle et entretenue par des considérations matérielles, par les besoins de la vie et la pression des circonstances, par des raisons d'opportunité. Ce n'est qu'après que ces facteurs ont effectué le labeur le plus difficile que l'idée de la justice vient s'approprier l'œuvre et la prendre sous sa protection comme une propriété qui lui appartient (1). »

Le droit devait être conforme à la nature, c'est-à-dire à l'idée actuelle qu'on se faisait du droit naturel. Les principes du droit ne furent pas immédiatement posés dans leur généralité et leur absolu. Le droit fut toujours considéré à Rome comme une délégation faite par la cité à l'individu : il venait du dehors et non du dedans. La personnalité humaine, prise en elle-même et comme telle, ne sut pas imposer à tous, même au législateur, le respect de ses droits : c'est le législateur au contraire qui parut consentir à protéger la personne des individus qui lui semblaient particulièrement intéressants. L'injustice qu'il y avait à annihiler, par l'assujettissement perpétuel à la puissance paternelle, des hommes faits, établis comme militaires, comme fonctionnaires publics, comme marchands, frappait vivement tous les yeux : en leur faveur, on créa des pécules, qui les émancipaient au point de vue des biens, et, quant à leur personne, on la protégea contre les mauvais traitements du père de famille (2). Pour les enfants plus jeunes, l'injustice paraissait moins choquante; par une longue tradition, la cité s'était habituée à se désintéresser de leur sort; la protection, pour eux, ne vint que beaucoup plus tard et par degrés (3).

(1) Jhering, I, p. 236.

(2) Les esclaves eux-mêmes finirent par pouvoir porter plainte contre leurs maîtres devant le préfet de la Ville, *si sævitiam, si duritiam, si famem qua eos premant; si obscœnitatem, in qua eos compulerint, vel compellant, apud Præfectum Urbi exponant.* (Ulpien, L. 1 § 8, *Dig.*, I. 12.)

(3) Nous devons dire un mot de la querelle agitée au dernier siècle entre deux

Malgré l'indifférentisme moral qu'on attribue aux Romains, cette protection officielle devait nécessairement venir : car les causes qui l'avaient jusque-là rendue inutile n'existaient plus. La famille antique ayant perdu son organisation sévère, la société romaine s'était désagrégée. L'influence des mœurs grecques lui avait été fatale. Ce qui, chez un peuple naturellement sobre et délicat, n'était que raffinement aimable devint chez les Romains, moins bien défendus corruption grossière. L'état social des Romains reposait sur deux assises : la législation et les mœurs. Les mœurs disparaissant, il fallait avoir recours à d'autres appuis, sous peine de voir

jurisconsultes, Gérard Noodt et Bynkershoek. Le premier prétendait que le droit de vie et de mort a appartenu au père jusqu'au texte des empereurs Valentinien, Valens et Gratien prohibant l'exposition des enfants. Le second répliquait que ce droit a été entamé bien auparavant et il citait les nombreuses mesures restrictives de la *patria potestas* remontant aux règnes de Trajan, d'Adrien et d'Antonin le Pieux (Trajan, sur l'avis des jurisconsultes Ariston et Nératius, force un père qui maltraitait son fils à l'émanciper et le prive de tout droit dans la succession de son enfant (Papin. L. 5, *Dig.*, XXXVII, 12); Adrien relègue dans une île un citoyen qui avait tué à la chasse son fils accusé de commerce criminel avec sa marâtre. (Marcien, « *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere* ».) Antonin étend la peine de la Loi *Cornelia de Sicariis* au maître qui avait tué son esclave sans motif (Gaïus, *Comm.* I, § 48-53), et Alexandre-Sévère (228), par une loi rapportée au Code (L. 3. VIII, 47), réduit le pouvoir du père à un droit de correction modérée et ordonne, si les châtiments ne suffisent pas, que le fils soit traduit devant le gouverneur de la province. Ulpien (L. 2. *Dig.* XLVIII, 8), décide qu'un père ne peut pas faire mourir son fils sans l'entendre, c'est-à-dire sans lui faire son procès, mais qu'il doit l'accuser devant le Préfet ou le Président de la province. Depuis Théodose et Valentinien (428), le père qui contraint sa fille à la prostitution est forcé de l'émanciper (L. 6, *Cod.*, XI, 40); de même le père qui portait sa fille à la débauche (L. 12, *Cod.*, I, 4). La Novelle XII *de incestis et nefariis nuptiis* va même jusqu'à priver de la puissance paternelle le père qui, ayant des enfants légitimes nés d'un mariage antérieur, entretient un commerce criminel.

Les adversaires de Bynkershoek, qui répondent à ces textes qu'en présence des termes précis de la Loi des XII Tables et de son application certaine pendant de longs siècles, on est en droit d'exiger une abrogation formelle, se méprennent sur les procédés du droit romain : ils oublient aussi que la désuétude était un mode d'abrogation. La vérité c'est que les citoyens parvenus à l'âge d'homme furent peu à peu protégés contre les excès de la puissance paternelle. Sénèque (*De Clement.* I, XIV) rapporte que, de son temps, un chevalier romain ayant fait périr son fils sous les verges fut poursuivi dans le *forum* à coups de stylet par les pères et les fils irrités. Mais l'exposition et la vente des nouveau-nés furent tolérés en droit jusqu'aux empereurs chrétiens.

crouler tout l'édifice. Les magistratures morales, que nous avons étudiées, ne pouvaient survivre à la disparition des mœurs : il fallait que le droit intervînt pour les suppléer.

Cette intervention pendant longtemps ne put être qu'indirecte. Mais la corruption croissante des mœurs publiques, les pouvoirs plus étendus confiés à l'État, joints à l'affaiblissement du respect pour les anciennes institutions et à la politique envahissante des premiers empereurs devaient amener l'intervention directe de la *législation* (1) dans le domaine de la famille. On a dit qu'à Rome le législateur n'avait commencé à faire de la morale que lorsqu'il n'y avait plus de mœurs. C'est précisément parce que la morale avait perdu tout empire sur l'âme des citoyens (2) qu'elle dut emprunter à l'autorité des lois une sanction devenue nécessaire.

(1) Auguste essaya en outre de restaurer les anciens rouages de la vieille société romaine. Il rétablit la censure, fit usage de son droit de juridiction domestique en exposant l'enfant de son indigne fille Julia, essaya de redonner une nouvelle vie aux tribunaux de famille : mais tout cela n'était déjà plus que de l'archéologie.

(2) « *Sicut ante morbos necesse est cognitos esse quam remedia eorum, sic cupiditates prius natæ sunt quam leges quæ iis modum facerent.* » (Tite-Live, XXXIV, 4.)



CHAPITRE III.

DE L'AVORTEMENT, DE L'EXPOSITION ET DE L'INFANTICIDE.

Dans l'ancienne Rome, les idées religieuses et l'austérité des mœurs concouraient à assurer la protection des enfants. Dans la ville nouvelle, créée par l'affluence des populations vaincues qui avaient apporté, avec leur civilisation, leur luxe et leur corruption, les enfants, loin d'être une cause de satisfaction et une source de dignité devinrent une charge inutile et un embarras redouté. Lorsque l'individualisme est poussé à ce point d'égoïsme que chacun recule devant un devoir à assumer et cherche à débarrasser sa vie de toute sujétion gênante, on peut dire que les mœurs conspirent contre la sûreté de l'enfant.

Telle était, d'après les auteurs, la situation de la société romaine, dès les premiers temps de l'Empire. « Dans cette ville, dit Pétrone (1) transportant à Crotone les mœurs de Rome, personne ne reconnaît d'enfant; car celui qui a des héritiers de son sang n'est ni invité aux festins, ni admis à aucune réjouissance; exclu de tous les avantages de la société, il vit obscurément confondu avec les gens couverts d'opprobre. Ceux au contraire qui ne se sont jamais mariés

(1) *Satyricon*, 116.

et n'ont pas de proches parents parviennent aux plus grands honneurs et passent seuls pour être des hommes parfaits, sans tache même (1). »

En effet Sénèque (2), pour consoler une mère qui venait de perdre son fils unique ne trouvait rien de mieux que cet argument sans réplique : « Sachez que la privation d'enfants donne dans notre ville, plus d'influence qu'elle n'en retire; et que l'isolement qui résulte de leur perte conduit la vieillesse, qu'il semblait priver de ses appuis naturels, si sûrement au pouvoir, que bien des pères feignant de l'inimitié contre leurs fils en reniant leurs enfants, se mettent artificiellement dans la position des gens sans postérité. »

Plus tard, Pline le Jeune (3), voulant faire concevoir la plus haute idée des vertus civiques d'un de ses amis, rapporte que son mariage a été largement béni d'enfants et l'a de plus rendu grand-père, à une époque où les avantages de la privation de postérité, ajoute-t-il, font le plus souvent déjà considérer même un fils unique comme une charge pour son père (4).

Dans un état social qui attachait tant d'avantages à la stérilité qu'il devait en inspirer l'envie, les satires des auteurs latins ne doivent pas être taxées d'exagération, lorsqu'elles nous présentent l'avortement, l'infanticide, l'exposi-

(1) Vers la même époque (an 63) quelques sénateurs se firent l'écho de plaintes au sujet d'adoptions simulées qui procuraient frauduleusement aux hommes sans postérité les prérogatives des pères de famille. « Les gens sans enfants ne sont-ils pas déjà bien assez favorisés, s'écriaient-ils, eux qui n'ont qu'à attendre, sans avoir besoin de se déranger seulement, la faveur et les honneurs que l'on est toujours prêt à leur offrir, à titre gratuit et sans charges? » Tacite, *Annales*, XV, 19.)

(2) *Consol. ad Marc.*, 19, 2.

(3) *Lettres*, IV, 15.

(4) Les gens sans postérité, dit Plutarque (*De amore prolis*, c. IV) étaient invités par les riches, flattés par les grands, gratuitement assistés par les orateurs du barreau; un enfant venait-il à leur naître, ils perdaient du coup amis et influence.

tion et l'abandon des nouveau-nés comme des faits ordinaires et passés dans les mœurs.

En dépit de la formule juridique *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*, les Romains ne considéraient guère l'enfant comme recevant la vie qu'au moment de sa naissance (1). Jusque-là, celui-ci n'était pour eux, suivant l'expression d'Ulpien, qu'un morceau des entrailles de la mère (L. 1, *Dig.*, XXV, 4). Aussi n'éprouvaient-ils aucun scrupule à user de manœuvres abortives (2). Ces pratiques, encouragées par l'indifférence générale, étaient devenues si habituelles que Sénèque (3) trouvait tout naturel de féliciter une mère de famille de n'avoir jamais étouffé dans son sein les espérances déjà conçues de sa postérité.

En dehors des enfants mal conformés ou monstrueux que la Loi des XII Tables ordonnait de détruire (4), l'exposition et

(1) Les philosophes anciens ont longtemps discuté la question de savoir si le fœtus dans le sein de la mère appartenait à l'espèce humaine (Plutarque, *Opin. des philos.* XV), « Platon tenant qu'il est animal, d'autant qu'il a mouvement et qu'il prend nourriture, les stoïciens tenant que c'est partie du ventre, non pas animal séparé : comme les fruits des arbres qui viennent à tomber quand ils sont achevés de mûrir, aussi fait l'enfant. »

(2) V. Pline, *Hist. natur.*, lib. XXIX, 27. — Juvénal, *Sat. II*, v. 32 et 33, *VI*.— Ovide, *Herotd.* epist, XI; *Nux*, v. 23 et 24.

Mox honor eripitur, matronaque destinat omnis
Ingratos nulla prole novare viros,
Neve daret partus, ictu temeraria cæco
Visceribus crescens excutiebat onus.
Ovide, *Fast.* I.

Des maris exigeaient de leurs femmes qu'elles se fissent avorter. Certaines cachaient leur grossesse pour échapper à cet ordre :

Celabat, metuebatque illa ne sibi persuaseris
Ut abortioni operam daret puerumque necaret.
Plaute, *Truculentus.*

(3) *Consolatio ad Helviam,* XVI.

(4) « Nous assommons les chiens enragés, dit Sénèque (*De ira,* I, 14); nous étouffons les fruits contrefaits des bêtes qui portent mauvais présage, et nos enfants eux-mêmes, s'ils sont monstrueux et incomplets, nous les chassons loin de nous. » (Tite-Live, 27, 37. — Plutarque, *Publicola.*) Petr. Grégorius Tolosanus (*Syntagma juris universi*, l. VII, c. 2, 10 et 11) cite de nombreux exemples d'androgynes mis à mort sous différents consulats. Par l'ordre des Aruspices, l'un est déporté dans une île déserte, un autre est jeté à la mer. Les Pontifes romains ayant appris l'existence d'un hermaphrodite de huit ans, en Ombrie, ordonnèrent

l'infanticide furent toujours considérés comme des attributs normaux de la puissance paternelle (1). L'idée admise était que ce n'est pas la naissance, mais la volonté seule du père qui crée les rapports de famille. Si le père consentait à prendre à sa charge l'enfant que sa femme venait de mettre au monde, il manifestait sa volonté en le levant dans ses bras (2). S'il le laissait à terre, c'est qu'il le rejetait. On allait alors exposer l'enfant dans quelque carrefour.

Le lac Velabre près de l'Aventin (3) et la colonne Lactaria dans le marché aux herbes (4) étaient des endroits consacrés pour ces expositions. Un grand nombre d'enfants gisaient là, livrés à la mort ou à la pitié du passant, parfois pire que la mort. Les enfants recueillis l'étaient rarement par pure charité (5); ils n'échappaient à la mort que pour tomber entre

de le conduire hors du territoire romain et de le tuer aussitôt. Eusebius Pamphilus (*De vit. Constantin.*, liv. IV) rapporte que l'empereur Constantin porta une loi ordonnant de mettre à mort tous les enfants dont le sexe était douteux. Dans l'ancienne France, un jeune hermaphrodite ayant opté pour le sexe viril qui dominait en lui et ayant été convaincu d'avoir usé de l'autre, fut condamné par arrêt du parlement de Paris de 1603 à être pendu et ensuite brûlé.

Firmicus Maternus (*in VII Matheseos*) dit que les mères devaient immédiatement faire exposer les enfants, au sujet desquels l'horoscope montrait l'action d'une constellation défavorable. « *Si vero malevolæ stellæ respexerint, expositus a canibus consumetur.* »

(1) Bien que l'infanticide ne fût permis qu'aux pères, les mères le commettaient souvent, surtout à la suite d'un commerce illégitime. Dans le *Cistellaria* de Plaute, une jeune fille charge un esclave d'aller jeter dans un coin son enfant né d'une union passagère. Elle pouvait encore prétexter une fausse couche et faire exposer le nouveau-né.

Dicam : abortum est.........
Continuo exponam.
TÉRENCE, *Heautontim.*

Mais c'étaient là des faits punissables qu'on commettait en cachette :

.... Peperit clam.
Puerum clam voluit extinguere.
TÉRENCE, *Hecyr.*

(2) « *Tollere infantem* est suum agnoscere, alere in spem familiæ et hœredem habere ; *non tollere*, familia ejicere, abdicare aut exponere. » *Paralipom. Thom. Dempsteri* apud Rosinum (*Antiquit. rom.*)

(3) Ovide, *Fast.*, VI, v. 395 et suiv.

(4) Festus, *De verbor. signific.*

(5) M. Martha (*Moralistes sous l'empire romain,* p. 195) rappelle qu'Épictète,

les mains de certains industriels qui les dressaient pour la prostitution (1) et les combats de gladiateurs ou même qui, par une longue suite de tortures exercées sur leurs membres débiles leur préparaient des infirmités de nature à exciter la pitié ou la curiosité du public (2).

En un mot, la corruption était devenue générale; la morale et l'humanité, autant que le salut de l'empire, menacé de dépopulation rapide (3), exigeaient l'intervention des empereurs.

La vieille constitution de la famille romaine était si forte que, même envahie par des germes de dissolution, elle résista longtemps encore aux tentatives entreprises contre elle.

§ 1. — **De l'avortement.**

L'avortement est déjà une forme savante et raffinée de prévention malthusienne : il était presque inconnu des anciens

qui vivait seul, prit à son service une pauvre femme pour soigner un enfant abandonné qu'il avait recueilli. De nombreuses inscriptions contiennent l'expression de la douleur de *nutritores* ayant perdu leurs *alumni* ou réciproquement. (Orellius, *Inscript. lat.*, nos 2799-4847, etc.) « On est en droit de se demander, dit M. Lallemand, si ces témoignages en faveur d'un *alumnus dulcissimus*, d'un *alumnus domino dilectus*, d'une *alumna asiatica*, etc., étaient toujours dus à une affection pure. »

(1) Les mœurs romaines étaient telles que les enfants mâles eux-mêmes n'étaient pas à l'abri de ce péril. Les entrepreneurs de prostitution achetaient au berceau des enfants pour en faire des eunuques et les revendre ensuite aux débauchés (Pétrone, *Satyric. De bell. civ.*, c. 118.) Domitien interdit cette pratique. (Stace, *Silv.* III, 4 — IV, 3; Suétone, *Domit.* VII; Mart. IX, 7 et 9; Amm. Marcell. XVIII, 4.) Ce détestable usage survécut en Italie au paganisme et fournit aux églises de Rome les chanteurs que l'on sait.

(2) Sénèque, *Controv.*, liv. V, 33.

(3) Auguste inventa tout un système de lois destiné « à recruter par tous les moyens cette classe des hommes libres qui diminuait tous les jours. » (Duruy, *Hist. des Rom.* V, p. 9.) Trois enfants nés hors mariage donnaient à la femme latine la cité romaine, c'est-à-dire le droit aux secours publics : c'était à la fois encourager le développement de la population et de la prostitution. Cicéron avait dit : « *Multis hominibus legitime procreatis frequentari volumus.* » Les parents qui n'avaient pas de quoi nourrir ce surcroît d'enfants étaient forcés de les exposer. « *Aliquarum feconditas,* dit Pline, *tali venia indulget.* »

Romains. Plus tard l'usage s'en répandit surtout dans les familles riches, qui n'avaient pas l'excuse de la misère et qui avaient la circonstance aggravante de la corruption. Voilà pourquoi, dit-on, l'avortement attira les foudres du législateur bien avant les autres formes d'attentats contre l'enfance.

Nous ne sommes pas bien sûr que les textes du Digeste relatifs à l'avortement contiennent une prohibition aussi absolue qu'on a bien voulu le dire. Si on les ramène à leur vrai sens, on leur trouve une portée plus restreinte, que justifie leur date, puisqu'ils ont été édictés à une époque où presque tous les attributs de l'ancienne puissance paternelle restaient encore debout.

Ces textes sont au nombre de trois, datant tous de la première partie du troisième siècle. Car il faut tenir hors du débat le texte de Tryphoninus (L. 39, *Dig.*, XLVIII, 19), relatant un passage de Cicéron (*Orat. pro Cluent.*), qui cite le cas d'une Milésienne condamnée à mort pour s'être fait avorter. Milet était une ville grecque et ne partageait pas les lois de Rome.

D'après un texte d'Ulpien (L. 8, *Dig.*, XLVIII, 8), la femme coupable de s'être procuré par violence un avortement devait être condamnée à l'exil par le président de la province. Marcien (L. 4, *Dig.*, XLVII, 11) reproduit cette décision qu'il attribue aux empereurs Sévère et Caracalla; et il ajoute cette explication : *Indignum enim videri potest, impune eam maritum liberis fraudasse.* On se rappelle peut-être la loi de Gortyne, en Crète, d'après laquelle une femme qui accouchait après son divorce, devait venir mettre l'enfant à la disposition de son premier mari : si celui-ci le refuse, elle est alors libre de l'élever ou de l'abandonner; mais si elle l'avait tué avant cette présentation, elle aurait été punissable. La loi veut garantir le droit de disposition du chef de famille : priver ce dernier d'un enfant dont la vie peut lui procurer quelque profit, serait une sorte de vol. Le texte du Digeste s'inspire de la même idée. Il ne s'inquiète ni de la morale ni du sort

de l'enfant conçu : il sauvegarde les droits du mari sur les fruits à naître. Il est remarquable que les deux textes d'Ulpien et de Marcien ne parlent que de la femme qui s'est fait avorter : il est probable que le mari pouvait, sans péril d'aucune sorte pour lui-même, faire avorter sa femme et qu'il avait le droit de détruire dans son germe l'enfant qu'il pouvait mettre à mort ou abandonner au sortir du ventre de la mère.

Il y a, il est vrai, le texte de Paul (L. 38, § 5, *Dig.*, XLVIII, 19) qui punit d'une confiscation partielle et des mines ou de la relégation dans une île, suivant la qualité des coupables, ceux qui procurent (ou administrent? le mot *dant* du texte est susceptible, nous semble-t-il, de ces deux significations) soit une potion pour faire avorter soit un philtre pour faire aimer. Si la femme ou l'homme étaient morts de l'absorption, la peine était la mort. Peut-être cette disposition n'était-elle destinée à l'origine qu'à frapper la tourbe des magiciennes exotiques, bonnes à tout faire, qui, sur commandes, fabriquaient ces sortes de breuvages. Si l'on veut donner à ce texte une portée générale, il faudrait y voir une manifestation isolée, qui ne devrait pas surprendre de la part du jurisconsulte progressiste qui, le premier et le seul de son temps, soutint dans la doctrine la nécessité de frapper de la même peine que l'homicide, l'infanticide et l'exposition.

Quoi qu'il en soit, un progrès moral s'opéra dans l'opinion. Ulpien et Papinien reproduisaient les anciennes idées lorsqu'il sécrivaient, l'un (L. 1, § 1, *Dig.*, XXV, 4) : *partus antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*; l'autre (L. 9, *Dig.*, XXXV, 2) : *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*. Mais plus tard le langage des auteurs change, accusant une modification dans les idées. « *Homicidii festinatio est prohibere nasci*, dit Tertullien (*Apol.*, 9). *Nec refert, natam quis eripiat animam, an nascentem disturbet. Homo est, et qui est futurus : etiam fructus omnis hominis jam in semine est.* » Minutius Felix (*Octav.*, c. 30) : « *Sunt quæ in ipsis visceribus,*

medicaminibus epotis, originem futuri hominis exstinguant, et PARRICIDIUM *faciant, antequam pariant.* » Hieronymus (*Epist.* 22 *ad Eustochium*, de custodia virginit.) : « *Aliæ vero sterilitatem præbent, et* NECDUM NATI HOMINIS HOMICIDIUM *faciunt* (1). »

Quelques interprètes ont prétendu que la loi de Valentinien, Valens et Gratien, dont nous parlerons tout à l'heure (*Si quis necandi infantis piaculum aggressus*, L. 8, *Code*, IX, 16) se rapportait aussi bien aux avortements qu'aux infanticides et qu'elle punissait la tentative même non suivie d'effet (2). Quoi qu'il en soit, il est certain que l'avortement finit par être assimilé, de la part d'un étranger, à un homicide, et de la part du père ou de la mère, à un parricide : rien ne s'opposait donc à ce qu'on lui appliquât les peines des Lois *Cornelia* et *Pompeia*, avant même que la loi précitée ne l'eût atteint dans l'hypothèse des susdits interprètes, de la peine capitale.

L'assimilation de l'avortement à l'homicide constitue le dernier terme de l'évolution que nous essayons de suivre. L'émancipation de l'individu a été graduelle. Avant d'arriver aux considérations abstraites et de philosophie générale qui conduisent à assimiler, au point de vue du droit, le germe à peine conçu et l'être humain pleinement développé, on a eu égard à certaines considérations pratiques qui recommandaient tout spécialement certaines catégories d'individus à la sollicitude des pouvoirs publics et au respect de la loi. Puis ces conquêtes, isolées en quelque sorte, purement individuelles, ont profité à l'espèce tout entière. L'individu ne se réclame plus, pour avoir accès au droit, de sa situation dans la société, mais de sa qualité d'homme. « *Homicida est*, dit

(1) Quæ steriles facit, atque *homines* in ventre necandos
Conducit.

JUVÉNAL, *Sat.* VI, v. 596.

(2) Marsilius, *ad hanc legem*.

Philon (1), *quisquis infantem interimit, ætate non obstante*, CUM LEX VINDICET INJURIAM ILLATAM GENERI. »

C'est la formule d'un monde nouveau.

§ 2. — De l'exposition et de l'infanticide.

1° *Jusqu'à Constantin.*

On a conjecturé (2) d'un fragment incomplet et obscur de Tertullien (3) que nous expliquerons plus tard, que l'infanticide avait été prohibé par la loi des XII Tables. Lorsque les textes parlent du *jus vitæ ac necis,* ils n'auraient en vue, assure-t-on, que la condamnation religieuse prononcée de tout temps contre les enfants monstrueux et difformes.

Nous pensons au contraire que la Loi des XII Tables a rétabli le père dans son entier pouvoir de disposition qui avait été entamé par une loi de Romulus. Dans l'opinion contraire, on doit reconnaître que la prohibition supposée n'aurait pas tardé à tomber en désuétude, et, pour qui connaît le respect superstitieux des Romains pour la Loi des XII Tables, ce fait seul rend l'hypothèse bien improbable.

Les crimes contre l'enfance ne furent donc pendant longtemps frappés d'aucune pénalité. Le droit de l'enfant était si peu établi que le sénat, effrayé par un prodige qui avait fait craindre la naissance d'un roi pour le peuple romain, n'hésita pas à ordonner de tuer tous les enfants qui naîtraient cette année-là : Suétone (4) ajoute que l'intérêt des pères, mis en éveil par cette prophétie, empêcha seul l'exécution du sénatus-consulte.

Quand on se prit de pitié pour les enfants, victimes des

(1) *Lib. de specialibus legibus*, p. 795.
(2) Gérard Noodt. *De partus expositione et nece.*
(3) *Ad nationes*, lib. I, cap. 15.
(4) *Octav.* XCIV.

torts ou de l'indifférence de leurs parents, on commença par aller au plus pressé, c'est-à-dire par venir en aide aux pauvres petits abandonnés. Ce n'est que beaucoup plus tard qu'on songea à frapper d'une peine les parents coupables.

Étudions brièvement les mesures qui furent prises pour assurer la protection matérielle de l'enfant. Le sénatus-consulte Plancien contient à ce sujet des dispositions importantes.

Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse du divorce qui, accusant la mésintelligence qui divise les époux et rompant les liens qui les unissent, menace directement le bonheur et la sécurité de l'enfant.

L'épouse se croit enceinte. Dans les trente jours qui suivent le *repudium*, elle doit notifier sa grossesse à son mari. Si celui-ci a des doutes sur l'exactitude de la déclaration, il doit envoyer des gardiens pour surveiller sa femme et constater l'accouchement. Si, sans contester le fait de la grossesse, le mari nie que cette grossesse provienne de son fait, il doit notifier à sa femme qu'il ne la reconnaît pas enceinte de ses œuvres. Faute de suivre l'un ou l'autre de ces partis, le mari reconnaît tacitement sa paternité, reconnaissance qui, nous le verrons, produira des effets civils. (L. 1, § 1 *Dig.*, *De agnosc. et alend. liber.*, XXV, 3.)

En dehors de l'hypothèse du divorce, il y a un autre cas où, d'après un sénatus-consulte rendu par Hadrien, le père peut, pendant le mariage même, être contraint de reconnaître légalement son enfant. (L. 3, *Dig.*, *eod. tit.*) D'après une supposition, assez probable, de Cujas, il s'agirait du cas où le mari reste longtemps éloigné de sa femme pour une cause fortuite. La loi, à cette époque, n'avait pas encore établi, par des présomptions légales, la durée de la grossesse, de sorte que la femme, pour éviter que son mari, à son retour, ne déniât sa paternité, dût faire sans doute, en temps utile, à son mari absent, une *denuntiatio* de sa grossesse. Comme en cas de divorce, le mari devait alors soit dénier sa paternité soit

envoyer des gardiens : faute de le faire, il ne pouvait plus dans la suite désavouer l'enfant.

Supposons que le père n'a ni dénié sa paternité ni envoyé de gardiens : la filiation de l'enfant est établie contre lui. Si, malgré cette reconnaissance, il fait exposer cet enfant, celui-ci, s'il a pour le moment la chance d'être recueilli et élevé, aura plus tard contre son père l'action *de partu agnoscendo*. S'il triomphe dans sa demande, et que son père refuse cependant de le recevoir à son foyer, de le nourrir et de lui donner une éducation convenable, l'enfant s'adressera au Président ou au Consul. Après examen des faits, le père sera condamné à lui fournir des aliments suivant ses facultés, et, s'il ne s'exécute pas de bonne grâce, la sentence sera exécutée *pignoribus captis et distractis*. Cette procédure constitue ce qu'on appelle le *remedium majori trimo petenti*. (L. 9, *Code, De patr. potest.*, VIII, 47. — L. 5 *Dig.*, *De agnosc. et alend. lib.*, XXV, 3.)

La reconnaissance de l'enfant n'avait pas que ces conséquences purement civiles. Si le père, malgré la dénonciation de grossesse faite par l'épouse, conformément au sénatus-consulte Plancien, refuse de reconnaître l'enfant, la L. 1, § 4 *Dig.*, *de agnosc. et alend. lib.*, lui inflige une peine extraordinaire qui doit être celle appelée *denuntiata* par la L. 9, *Code, De patria potest.* et *denuntiati* par les interprètes (1). Le texte ne s'explique pas sur la nature de cette peine; elle devait consister en une amende ou en une saisie suivie de vente des biens.

Si l'enfant était *vulgo conceptus*, avait-il contre la mère qui l'avait exposé le bénéfice de l'action *de partu agnoscendo* et du *remedium majori trimo petenti?* en d'autres termes, la recherche de la maternité naturelle était-elle admise? La loi 5, § 4, *Dig.*, *De agnosc. et alend. lib.*, impose à la mère naturelle

(1) Cujas, *Recitationes*. Gérard Noodt, *De partus expositione et nece*.

comme à la mère légitime l'obligation de nourrir ses enfants; par conséquent le *vulgo conceptus* jouit certainement des deux ressources précitées.

Quant au fils de l'esclave, devenue enceinte des œuvres de son maître, il ne profitait pas de la protection de la loi. Non seulement il n'avait aucun droit et ne pouvait intenter contre l'auteur de ses jours aucune poursuite civile, mais au contraire c'est le maître qui, jusqu'à Alexandre Sévère, put exercer ses droits sur lui en le revendiquant.

La loi 1 ne prévoit que le cas du divorce. Il semble bien que la peine appelée *denuntiata*, de même que l'action *de partu agnoscendo*, ne se bornaient pas à ce cas et à l'espèce du sénatus-consulte Hadrien. Ces sanctions devaient s'appliquer généralement à tous les cas où un père renie son fils. Les expressions de la L. 9, *Code, De patria potest.* (Dioclétien et Maximien, 287) sont aussi larges que possible : « *Non filium negare cuiquam esse liberum senatus-consulta... ac denuntiata pœna... declarant.* » Il y a là une sorte de déclaration de principes (1). Les enfants exposés eurent donc un recours civil contre les conséquences de leur abandon, alors que l'exposition et l'infanticide direct n'étaient pas encore, si l'on ne consulte que les textes législatifs, expressément condamnés par une disposition pénale.

Il y a bien le texte fameux du jurisconsulte Paul (L. 4, *Dig.*, XXV, 3) : « *Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat : sed et is, qui abjicit; et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis misericordiæ causa exponit, quam ipse non habet.* » Ce texte porterait à croire que l'infanticide était déjà

(1) Rappelons qu'une obligation alimentaire réciproque existait déjà entre les ascendants et les descendants, et que les ascendants devaient non seulement nourrir l'enfant (*Code,* V, 25), mais encore lui fournir l'éducation (L. 5, pr. § 1 à 3, 12 à 14; L. 8, *Dig.,* XXV, 3), et le doter (L. 19, *Dig.*, *De ritu nupt.*, XXIII, 2). Seulement pendant longtemps ces obligations n'existèrent qu'envers l'enfant dont le père avait bien voulu assumer la charge. L'obligation d'*educare* n'était imposée au père que s'il avait fait l'acte de *tollere infantem :* or cet acte, il avait la liberté de le faire ou non.

prohibé (1) sous Sévère et Caracalla, c'est-à-dire dès les premières années du troisième siècle, et que la doctrine tendait dès lors à étendre aux expositions la pénalité applicable aux infanticides. Cette interprétation, qui paraît naturelle et que nous croyons juste, a été combattue par Gérard Noodt dans son savant commentaire. Cet auteur estime que, dans ce passage, le jurisconsulte émet un principe de morale et non un axiome de droit, qu'il appelle de ses vœux une réforme humanitaire, mais qu'il ne constate pas la législation actuelle. Il fait observer que cette condamnation, malgré la réelle autorité de son auteur (jurisconsulte officiel), devait rester platonique, puisqu'elle était sans sanction : il met en effet ses adversaires au défi de pouvoir citer la peine qui eût été applicable dans ce cas.

Avec un droit, aussi souple malgré les apparences, et aussi varié dans ses ressources qu'était le droit romain, les raisonnements trop rigoureux risquent d'avoir tort. Ce merveilleux droit se prêtait si facilement aux besoins nouveaux et aux transformations devenues nécessaires que, lorsqu'un fait, autrefois considéré comme licite, était condamné par l'opinion, les magistrats devaient rarement se trouver désarmés par l'absence de loi et le défaut de pénalité. Nous sommes convaincu qu'à partir du moment où, grâce aux progrès du droit naturel, l'infanticide fut réprouvé par les mœurs (2), on ne tarda pas, en l'absence d'une prohibition législative expresse, à faire usage des moyens qu'on pouvait avoir à sa disposition. Outre la loi *Cornelia de sicariis*, qui punissait l'homicide, il y avait la loi *Pompeia de Parricidiis* qui avait pour objet la répression des crimes contre certains parents. Il est bien évident qu'à l'origine elles ne s'appliquaient ni l'une ni

(1) La L. 11, de Paul (*Dig.*, XXVIII, 2) vient à l'appui de cette interprétation, puisqu'il y est dit que le père peut bien déshériter ceux qu'il *pouvait autrefois* mettre à mort.

(2) « *Crudelis est, non fortis, qui infantem necat.* » (Publius Syrus.)

l'autre à l'infanticide : mais plus tard, quand on désira punir ce crime, on chercha sans doute à lui étendre les dispositions de ces deux lois. Sans cette supposition, le texte de Paul est peu compréhensible et nous montrerons que, sans elle, d'autres textes ne le sont pas du tout.

Mais ce serait peu de proclamer la nécessité de notre hypothèse, si nous ne devions établir sa légitimité.

Notons d'abord que la jurisprudence, en cette matière, a procédé par voie d'extensions continues. Tandis que d'après Paul (*Sent.*, tit. 24, 5) la L. *Pompeia, De parricidiis* ne s'applique, à l'origine, qu'à celui *qui patrem, matrem, avum, aviam, fratrem, sororem, patronum, patronam occiderit*, Marcien (L. I, *Dig.*, *De leg. Pomp. de Parr.*, XLVIII, 9) ajoute aux personnes ci-dessus désignées les suivantes : « *patruelem, matruelem, patruum, avunculum, amitam, consobrinum, consobrinam, uxorem, virum, generum, socrum, vitricum, priviquum, priviquam,* » et il termine ainsi : « *Sed et mater quæ filium filiamve occiderit* (1), *ejus Legis pœna adficitur. Et avus qui nepotem occiderit.* » C'étaient là évidemment des innovations encore timides. Seul le fantôme de la *patria potestas* empêchait de frapper de la même peine l'infanticide commis par le père. Mais ce dernier débris, isolé et miné de toutes parts, ne pouvait pas tarder à succomber. Constantin, par un édit de 318, punit de la peine du parricide tous ceux *qui parentem aut* FILIUM *occiderint, vel adfectionem quæ nuncupatione parricidii continetur.* (*Cod. Theod.*, liv. IX, tit. 14.)

Il nous reste à prouver que cette dernière extension n'est pas l'œuvre de Constantin, qu'elle était achevée dans la pratique avant son édit de 318. Nous en trouvons la preuve dans un autre édit de Constantin, daté de 315 : « *Per omnes civita-*

(1) Les interprètes reconnaissent d'ailleurs que cette disposition relative au meurtre de l'enfant doit être également appliquée à l'infanticide, c'est-à-dire au meurtre de l'enfant nouveau-né. (Farinacius, quæst. 122e, n° 156; Ant. Perez, *Prælect.* in lib. 9, cod. tit. 17, n° 8.)

tes Italiæ proponatur Lex, quæ parentum manus a PARRICIDIO *arceat.* » (*Code Théod.*, l. XI, tit. 27.) Or l'édit, auquel ces termes servent de préambule, a pour but unique de prévenir et de réprimer l'infanticide. Il ressort donc de ce texte que *trois ans avant* que Constantin n'eût législativement appliqué à l'infanticide la peine de la loi *Pompeia, De parricidiis*, l'infanticide était déjà considéré, non seulement dans la langue courante, mais dans la langue juridique, comme rentrant dans le *parricidium :* cette assimilation, qui a précédé la loi, n'a pu être l'œuvre que de la jurisprudence et de la doctrine, dans le sens marqué par le progrès des mœurs et de l'opinion.

2° *De Constantin jusqu'à Justinien.*

On fait en général honneur à la religion chrétienne de toutes les réformes qui vinrent à cette époque modifier la législation romaine dans un sens favorable aux idées de justice et d'humanité. Nous ne voulons pas discuter si le christianisme a apporté dans le monde des idées vraiment nouvelles; alors même qu'on établirait que ces idées se retrouvent déjà ailleurs, il faudrait cependant accorder qu'en les mettant à la portée de tous et en leur donnant un caractère de généralité et d'obligation qui leur avait manqué jusqu'alors, la religion nouvelle a exercé sur le développement de la civilisation une salutaire et considérable influence. Mais, si, dans les chapitres précédents, nous avons atteint le but que nous nous proposions, on reconnaîtra que les réformes dont on parle ont été amenées par des causes multiples, plus générales et plus profondes que l'apparition d'une nouvelle religion. Si cet accident ne s'était pas produit, les causes que nous avons énumérées n'auraient pas moins amené dans la législation les modifications profondes qu'elle a reçues : la transformation eût peut-être été plus lente, mais elle se serait produite certainement, et dans le même sens.

Nous nous plaisons à reconnaître l'éloquence des apostrophes indignées, lancées par les auteurs chrétiens contre l'immoralité du siècle. Sans vouloir en diminuer le mérite, nous pouvons dire que ces protestations étaient toutes naturelles. La religion païenne qui, à une certaine époque, en Grèce, avait été la plus belle religion qu'on puisse rêver, avait fini par mériter le reproche qu'Ovide place dans la bouche de Phèdre :

> Jupiter esse pium statuit, quodcumque juvaret.
> Ovid., *Heroïd.*, epist. IV.

Venant dans un état social succombant sous ses propres excès, condamné par tous les esprits éclairés, la religion nouvelle n'avait chance de s'implanter qu'en paraissant incarner le sentiment de mécontentement général et le mouvement de protestation qui se dessinait de toutes parts, en prenant en un mot pour principe le contre-pied de l'état de choses qu'elle prétendait à remplacer. Si « le monde païen fut attaqué en face dans son esprit et dans sa chair (1) », c'est que le meilleur moyen de gagner des prosélytes était de commander l'attaque contre le monde païen, dont les anciens fidèles, aspirant vers un idéal plus élevé et sentant venir des temps nouveaux, commençaient à se détacher.

Le sort fait aux enfants dans la société antique fournissait aux auteurs chrétiens d'heureux développements et leur procurait des effets de contraste qu'ils ne laissèrent pas échapper (2). On attribue généralement à leurs incessantes revendications les mesures qui furent alors prises dans l'intérêt de l'enfance et, pour les besoins de la cause, on fixe comme

(1) H. Martin, *Hist. de France*, t. I, liv. V, p. 250.

(2) Epist. cath. 13. — Saint-Justin, *Apol.* I, 27, 29. — Minutius Felix (*Oct.* c. 30-31.) — Clément d'Alexandrie (*Pædag.*, III, 3.) — Saint Cyprien (*Ep.*, 7 et 39.) — Origène (*Contra Cels.*, VIII, 55.) — Tertullien (*Apologet.*, IX.) — Il suffit pour résumer tous ces écrits de citer un passage emprunté à Athénagore (*Legatio pro christ.*, 35.) « Nous considérons comme homicides les femmes qui se font avorter, et nous disons qu'exposer son enfant c'est le tuer. »

point de départ à ces réformes le règne de Constantin, « premier empereur chrétien (1) ».

Sans vouloir revenir en arrière, rappelons seulement, pour être juste, que déjà Dioclétien, empereur païen, avait prohibé d'une façon absolue la vente des enfants, déjà déclarée par Caracalla illicite et improbe. (L. I, *Code*, VII, 16.) Dioclétien n'admet même pas pour les parents l'excuse de la misère. (L. I. *Code*, IV, 43.) Constantin ne fit que reprendre, d'ailleurs sans grand esprit de suite, l'œuvre de ses prédécesseurs.

Lactance, précepteur de Crispus, fils de l'empereur, avait fait parvenir jusqu'au trône impérial les protestations des apologistes. « Comment admettre, dit-il dans son livre des *Institutions divines* dédié à Constantin (L. VI, c. 20), que les pères aient le droit de faire mourir leurs enfants nouveau-nés? C'est là une très grande impiété; car Dieu crée pour la vie et non pour la mort... Que dirai-je aussi de ceux qu'une fausse affection porte à exposer leurs enfants? Peut-on considérer comme innocents ces parents qui jettent leurs enfants, leurs propres entrailles, en pâture à des chiens et les tuent ainsi plus cruellement encore que s'ils les étranglaient... Quand même il arriverait que l'enfant exposé trouvât quelqu'un qui se chargeât de le nourrir, le père serait-il moins coupable pour avoir livré son propre sang à la servitude et à la prostitution?... Oui, autant tuer son enfant que de l'exposer... Il est vrai que ces pères homicides se plaignent de leur pauvreté et prétendent qu'ils ne peuvent suffire à élever plusieurs enfants; mieux vaut en ce cas demeurer continent

(1) Dans son bel ouvrage sur l'*Histoire du droit et des institutions de la France,* M. Glasson fait ressortir l'exagération qu'il y a à prétendre que toutes les améliorations du droit romain dans le sens de l'équité sont dues à l'influence du christianisme. Le droit était développé par les prudents et les magistrats, et ceux-ci étaient, au nom de l'ordre public et de l'intérêt de l'État reposant sur le polythéisme, les adversaires déclarés des chrétiens. Constantin acceptait encore si peu la prédominance du christianisme qu'il publia un édit de liberté ou de tolérance, comparé par M. Glasson à l'édit de Nantes, édit dont Théodore, dans sa soumission à la foi de Pierre et de Paul, a voulu faire disparaître la trace.

dans le mariage que de détruire par ses mains l'œuvre de Dieu... »

Le nouveau converti céda-t-il à ces exhortations pressantes et aux enseignements de l'Église? L'empereur s'inspira-t-il aussi des besoins de l'Empire, menacé de dépopulation en face des invasions barbares? En 315, il rendit un édit ainsi conçu : « Que toutes les villes de l'Italie aient connaissance de cette loi, dont le but est de détourner la main des pères du parricide et de leur inspirer de meilleurs sentiments. Si donc quelque père a des enfants auxquels sa pauvreté l'empêche de donner des aliments et des vêtements, ayez soin que notre fisc et même notre domaine privé leur en procurent sans délai : car les secours à donner aux enfants qui viennent à naître ne comportent pas de retard. » (L. 1, *Code Théod.*, XI, 27.) Ce système des secours publics distribués aux parents indigents avait le défaut d'imposer au budget de Rome des charges que son état, peu prospère, ne lui permettait pas de supporter.

Trois ans plus tard (318) vient l'édit qui étend à l'infanticide la peine du *parricidium.* (*Code Just.*, IX, 17.) Nous persistons à croire que cet édit ne créa pas un droit nouveau. Une remarque confirme encore notre opinion. Cet édit de 318 est adressé à Verinus, Vicarius Africæ : il est probable qu'il n'eut pour but que d'étendre à l'Afrique un état de droit qui existait déjà, sans texte précis, dans toute l'Italie. Cette supposition est permise, puisque c'est précisément ce qui arriva pour l'autre édit de 315, relatif aux secours publics, destiné primitivement à l'Italie seule. Cet édit fut, également en 318, étendu à l'Afrique. « Nous avons appris, dit l'Empereur (L. 2. *Code Théod.*, XI, 27), que des habitants de cette province, pressés par le manque d'aliments, vendent ou donnent en gage leurs enfants; nous voulons en conséquence que ceux dont l'indigence sera constatée reçoivent dans toute l'Afrique des secours de notre fisc, afin de ne pas se voir contraints à

cette affreuse nécessité... *Abhorret enim nostris moribus ut quemquam fame confici vel ad indignum facinus prorumpere concedamus.* »

Les ressources de l'empire ne permettaient pas d'exécuter ce beau programme. Constantin se résigna alors à des mesures qui montrent bien que le point de vue auquel se plaçait l'empereur n'était pas le même que celui des auteurs chrétiens. Dans ses *Institutions divines*, Lactance disait : « Autant tuer son enfant que de l'exposer ou de le vendre, pour le livrer à la servitude et à la prostitution. » Constantin n'est pas de cet avis-là. Il part de cette seule idée que la population diminue et que l'Empire a plus que jamais besoin de citoyens : il se souciera peu du reste, pourvu que tous les enfants qui viennent à naître soient élevés. Voilà pourquoi, en 329, il autorise les parents réduits à une extrême misère à vendre leurs enfants nouveau-nés (L. 1, *Code Théod.*, V, 8; L. 2, *Code Just.*, IV, 43), *adhuc sanguinolenti* (1), parce qu'il cherche surtout à enlever aux parents la tentation de l'avortement, de l'exposition et de l'infanticide. Si cependant, malgré cela, les parents se sont laissés aller à exposer leurs enfants, Constantin veut à tout prix que ces enfants trouvent quelqu'un qui les recueille et les élève, peu lui importe dans quel but. Et, comme il sait que le meilleur moyen d'encourager ces adoptions est d'assurer aux adoptants un intérêt réel, il décide, en 331, que celui qui aura recueilli un enfant exposé le conservera *in mancipio :* personne, pas même le père, ne pourra le réclamer. Le *nutritor* conserve l'enfant, ajoute le texte, *sub eodem statu quem apud se recollectum voluerit agitare, hoc est sive filium, sive servum eum esse maluerit.* (L. 1, *Code Théod.*, V, 7.)

Ces mesures furent impuissantes à enrayer la dépopulation. La misère du temps multipliait les abandons, trop sou-

(1) Justinien maintint la législation de Constantin, en exigeant que la vente des nouveau-nés ait pour excuse l'extrême misère des parents. (L. 2, *Code,* IV. 43.)

vent suivis de mort malgré les avantages assurés aux adoptants. Les empereurs Valentinien, Valens et Gratien, en 374, ajoutèrent une peine effective à la privation des droits paternels dont Constantin avait frappé les pères coupables d'abandon : ils assimilèrent l'exposition à l'infanticide (1). Voici le texte qui a fait le désespoir des interprètes. « Que chacun nourrisse ses enfants ; si on les expose, on tombera sous le coup de la peine qui a été établie ; si des personnes remplies de miséricorde les recueillent, les maîtres ou patrons ne pourront plus les réclamer, car on ne doit plus pouvoir dire siens ceux qu'on a dédaignés lorsqu'ils allaient périr. » (L. 2, *Code Just.*, VIII, 52.)

De quelle peine est-il ici question ? Nous savons que l'infanticide est frappé des peines du *parricidium*, nous avons vu que l'enfant exposé avait contre l'auteur de son abandon l'action *de partu agnoscendo* et le *remedium majori trimo petenti*. Mais aucune des lois que nous connaissons jusqu'ici ne prohibe l'exposition proprement dite.

Parmi les interprétations qui ont été tentées, celle contenue en germe dans une note d'Accurse *Grande Glose*, Comm. de la loi 2, Code, VIII, 52) nous paraît assez acceptable. Elle repose sur une distinction. Si l'enfant a été exposé dans un lieu fréquenté, le père ne peut pas être présumé avoir voulu lui donner la mort : il a simplement cherché à rejeter la charge de son entretien, et, comme tel, il tombe sous le coup de la disposition contenue dans la loi 1 § 4 *de agnosc. et alend. lib.*, *Dig.*, XXV, 3 et sera puni *extra ordinem*. Si au contraire l'enfant a été abandonné dans un lieu solitaire où il est en danger de périr, l'exposant qui aura ainsi livré l'enfant à une mort certaine sera puni soit par la L. 15, *Ad leg. Cornel. de sicariis*. « Nihil interest, occidat quis, an causam mortis præ-

(1) Cette assimilation était justifiée. Car, suivant l'observation de Quintilien (*Declam.*, 306) « *rarum est ut expositi vivant. Caducum circa initia animal homines sumus.* »

beat. » (*Dig.*, XLVIII, 8) soit par la L. *Pompeia, de parricidiis* (*Dig.*, XLVIII, 9), qui, par des extensions successives, lui a été rendue applicable (1).

Les adversaires du système précédent font observer que si les textes invoqués eussent été appliqués, les empereurs Valentinien, Valens et Gratien n'auraient pas eu de raison de faire une loi spéciale, la loi 8, *ad leg. Cornel.*, *de sicar.*, dont voici le texte : *Si quis necandi infantis piaculum aggressus aggressave fuit : sciat se capitali supplicio esse puniendum.*

Nous répondrons à cette objection que cette loi ne vise que le meurtre de l'enfant. Or si l'on admet que les dispositions relatives à l'infanticide s'appliquent également à l'exposition, il n'y avait pas besoin d'une loi nouvelle, puisque depuis l'édit de Constantin de 318, le meurtre d'un enfant par son père était condamné des peines du parricide. La loi des trois empereurs ferait donc encore, dans cette hypothèse, double emploi (2).

Mais pour nous la loi 8, *ad leg. Cornel.* ne s'applique pas à la même espèce que l'édit de Constantin (3) ; elle punit, non pas le meurtre d'un enfant par son père, mais uniquement le meurtre d'un enfant par un étranger (4).

(1) C'est ainsi qu'il faut, croyons-nous, expliquer le texte de Paul. (L. 4, *Dig.*, XXV, 3.) Il suppose, comme un fait acquis, l'extension à l'*infanticide* des dispositions de la loi *Pompeia*, et il cherche à atteindre encore par cette loi, non pas l'infanticide (c'était fait), mais l'exposition elle-même (ce qui n'était pas encore accordé). Voilà pourquoi il s'écrie : « *Necare videtur non tantum is qui partum perfocat : sed et is qui abjicit; et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis misericordiæ causa exponit quam ipse non habet.* » Il faut arriver jusqu'aux empereurs Valentinien, Valens et Gratien pour voir positivement assimiler dans la législation l'exposition à l'infanticide et par conséquent à l'homicide.

(2) Ceci d'ailleurs ne serait pas un obstacle. Les Romains n'ont jamais considéré comme lois existantes que les lois qui étaient appliquées. Une loi se heurtait-elle à des résistances qui en paralysaient l'exécution : ils n'hésitaient pas à en renouveler les dispositions par une loi nouvelle.

(3) Juste-Lipse (I, *Epist.* 85) a fait cette confusion qui a été relevée par J. Godefroy. (Comm. de la L. 9, *Code Theod.*, tit. 14.)

(4) Marsilius pense que cette loi avait pour but spécial d'atteindre d'une manière générale l'avortement, qui, nous l'avons vu, n'avait été frappé jusque-là

Est-ce à dire que ce dernier fait était jusqu'alors resté impuni? Nous ne le croyons pas. De même que l'infanticide commis par le père avait été compris peu à peu dans le *parricidium* avant que Constantin n'eût confirmé législativement l'application faite à ce crime de la loi *Pompeia de parricidiis*, de même, par un mouvement parallèle, l'infanticide commis par un étranger avait été peu à peu englobé dans l'*homicidium* et atteint par la loi *Cornelia, de sicariis* avant de se voir appliquer par Valentinien, Valens et Gratien la peine capitale (1).

La loi 8, *ad leg. Cornel.* a eu cependant un autre but que de confirmer un droit, incertain encore, mais préexistant : elle fixe, sans contestation possible, la peine à appliquer. Or, sur ce point, des difficultés avaient pu se produire. Tandis que la peine de l'*homicide* était la mort, l'avortement provoqué qui constituait, à n'en pas douter, un *homicidium* n'était puni ordinairement que de l'exil (2). Il pouvait y avoir doute pour l'infanticide qui tenait, pour ainsi dire, le milieu entre l'avortement et l'homicide. Valentinien, Valens et Gratien se sont proposés de mettre fin à ce doute, en se décidant pour la plus grande sévérité, qui se justifiait par l'état moral et matériel de l'empire à cette époque. Telle est la signification de leur loi : il est impossible d'y lire autre chose.

En résumé, au point de vue de la répression pénale, la jurisprudence confirmée bientôt par des lois aboutit à punir comme un parricide l'infanticide commis par les père et mère

que d'une façon un peu indécise. La chose n'est pas impossible, quoique nous ayons cru devoir nous arrêter à une autre opinion.

(1) C'est aux lois *Pompeia* et *Cornelia* que fait allusion Tertullien dans le passage suivant : « *Non aliter vos quoque infanticidæ, qui infantes editos necantes, legibus quidem prohibemini, sed nullæ magis leges tam impune, tam secure eluduntur.* » Comme à ce moment les lois de Constantin et de Valentinien, Valens et Gratien n'existaient pas encore, certains interprètes, faute d'avoir compris l'extension donnée par la jurisprudence aux lois *Pompeia* et *Cornelia,* ont cru que les lois visées par Tertullien ne pouvaient être que les dispositions des XII Tables.

(2) L. 4, *Dig., de extraordin. crimin.* — L. 39, *Dig., de pœnis.* XLVIII, 19.

et comme un homicide le meurtre d'un enfant par un étranger : de plus, au point de vue de la peine, il assimile l'avortement et l'exposition à l'infanticide même et punit le tout de la peine capitale. Peut-être est-ce parce que ces dispositions étaient trop sévères et d'une application trop difficile qu'elles restèrent le plus souvent lettre morte (1).

§ 3. — De la vente des enfants.

Les enfants faisant à l'origine partie du patrimoine, le père de famille avait le droit de les vendre. Ce droit de vente, restreint d'abord par Romulus et par Numa, puis par la loi des XII Tables, conserva principalement deux applications : l'une fictive, comme cérémonial de l'émancipation, l'autre réelle, pour indemniser la victime d'un dommage causé par le fils. *Erat iniquum*, dit Gaïus (IV, § 75), *nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus damnosam esse*. Le père ne pouvait être tenu pour une somme dépassant la valeur de l'enfant : il pouvait donc refuser de payer le dommage en abandonnant son fils en compensation. L'abandon noxal, quoique tombé en désuétude, ne fut définitivement aboli que par Justinien (2).

Le louage des services du fils, le *mancipium* fut toujours toléré. Cependant Paul, dont nous connaissons les tendances progressistes, nous dit que la vente des enfants n'était plus admise qu'en cas d'extrême misère, *extremæ necessitatis aut alimentorum gratia*.

(1) Justinien essaya de remettre en nouvelle vigueur les dispositions de ses prédécesseurs. « *Eos, qui talia committunt, vindictam legum non effugere, sed quo reliqui moderatiores fiant extremis pœnis subjici debet. — Neque illi, qui hæc faciunt, legum nostrarum pœnas effugient.* » (Nov. 153. Præf. et Cap. I.)

(2) « *Ab usu communi hoc penitus recessit... Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludit.* »



Dioclétien et Maximien allèrent plus loin : remplis de bonnes intentions, ils abolirent absolument la vente des enfants. (L. 1, *Code,* IV, 43.) Si l'on réfléchit à la misère générale qui pesait alors sur l'empire romain, on se convaincra que c'était un encouragement indirect donné à l'infanticide et à l'exposition. Aussi lorsque Constantin chercha des expédients propres à enrayer le mal, il dut en premier lieu rapporter la défense de ses prédécesseurs. Mais, pour les raisons que nous avons déjà dites, il n'autorisa que la vente des nouveau-nés *adhuc sanguinolenti*, en cas d'extrême misère du père. (L. 2, *Code,* IV, 43). Celui-ci d'ailleurs n'abdiquait pas ses droits, il se réservait de les faire renaître un jour en fournissant à l'acheteur un autre *mancipium* ou en l'indemnisant de ce qu'il lui avait payé. Le souci de la liberté de l'enfant était si vif que ce dernier, ainsi que toute personne, avait la même faculté de rachat.

Il y avait une grande analogie entre le cas de l'homme qui avait acheté un enfant nouveau-né pour utiliser ses services et l'homme qui avait recueilli dans la rue un enfant exposé dans l'intention de profiter plus tard de son travail. Nous verrons au chapitre suivant si la législation relative à ces deux hypothèses ne présentait pas des dispositions communes.

Quant à Justinien, auquel Linguet reprochait plaisamment de « faire des compilations tandis que les Barbares déchiraient ses provinces et de chercher à se consoler par la grosseur de ses recueils de la diminution de son empire (1) », il reproduit au Code la constitution de Constantin, mais en ayant soin de la faire précéder de celle de Dioclétien qui, en principe, prohibait la vente des enfants. Tout le monde, de cette façon, avait satisfaction : les principes d'abord, et ensuite les besoins sociaux.

(1) *Théorie des lois civiles,* Londres, 1767, t. II, l. IV, ch. 28, p. 183.

CHAPITRE IV.

DES ENFANTS INDIGENTS, EXPOSÉS ET ABANDONNÉS.

Tolérés par les lois, puis plus tard réprimés par elles, mais passés dans les mœurs, l'exposition et l'abandon des nouveau-nés ne furent nulle part ni à aucune époque aussi fréquents que dans la Rome impériale. Il nous reste à examiner : 1° ce que devenaient, au point de vue matériel, les enfants abandonnés; 2° ce qu'ils étaient au point de vue du droit; 3° enfin quelles modifications pouvaient être apportées à leur condition, soit par leur initiative, soit par le fait d'autrui, parents ou étrangers.

§ 1. — Sort fait aux enfants indigents, exposés et abandonnés.

Le monde moderne repose sur cette idée que tous les hommes et surtout tous les citoyens d'un même pays sont unis par un lien de solidarité. Si l'on se refuse encore à proclamer le droit à l'assistance, on n'hésite pas du moins à reconnaître le devoir d'assistance réciproque.

Nous ne trouvons rien de pareil dans la société antique, au moins à Rome. Les Romains professaient à l'égard des déshérités du sort la plus parfaite indifférence ; ils prati-

quaient sur ce point la maxime commode de leur comique favori :

De mendico male meretur, qui ei dat quod edit aut quod bibat;
Nam et illud quod dat, perdit, et illi producit vitam ad miseriam.

PLAUTE, *Trinummus*, act. II, sc. 2.

Herbert Spencer, au début du livre II de l'*Individu contre l'État*, semble s'être contenté de paraphraser ces deux vers. Partant de ce fait « qu'il doit exister au milieu de nous une foule de misères qui sont le résultat normal de la mauvaise conduite (1) et qui devraient toujours y être associées », il conclut que « séparer la souffrance de la mauvaise action, épargner aux hommes la punition naturelle d'une vie dissolue, c'est lutter contre la nature des choses », et qu'on a tort de contrarier « la loi d'après laquelle une créature qui n'est pas assez énergique pour se suffire doit périr ». Il arrive donc à faire le procès des philanthropes qui « pour aider les enfants de gens indignes, désavantagent les enfants des gens méritants, en imposant à leurs parents des contributions locales toujours plus élevées ».

Cet honorable sociologue, qui ne se pique pas, comme on voit, de sentimentalisme, eût pleinement approuvé l'insouciant égoïsme de la société romaine. Mais il arrive un jour où les appétits non rassasiés de la multitude peuvent venir troubler cette philosophique quiétude. Et voilà pourquoi, malgré tout son indifférentisme, le sénat romain fut obligé d'instituer les distributions de blé et de vivres pour nourrir les corps et les jeux du cirque pour distraire les esprits. Dans toutes les mesures qu'il prend relativement aux secours publics, dit M. Naudet (*Des secours publics chez les Romains*) « on voit le sénat ne se déterminer que par les calculs de son in-

(1) La vérité est entre l'affirmation de Spencer et le mot terrible de Pierre Leroux : « Si la roue de la fortune avait tourné autrement, c'est vous, riches, qui peupleriez les bagnes et qui monteriez sur les échafauds; c'est vous dont les mères, les femmes et les filles rempliraient les maisons de prostitution. »

térêt ou par le mouvement de la peur, jamais par un sentiment de compassion et de générosité. »

On comprend alors que ces prodigalités ne s'appliquassent en général ni aux femmes ni aux enfants. Cependant Auguste, dans son désir de favoriser l'accroissement de la population, admettait souvent aux congiaires les enfants du plus bas âge, quoique, dit Suétone (*Oct. August.*, XLI), la coutume fût de ne les y comprendre qu'à partir de onze ans.

Pline, dans son *Panégyrique* (XXVIII), nous dit que Trajan, réalisant une pensée de Nerva, organisa un système de secours, destinés à aider les parents pauvres de condition libre à élever leurs enfants. La combinaison organisait à la fois une sorte de crédit foncier et d'assistance publique. La découverte de médailles, d'inscriptions (*tabulæ alimentariæ*) nous a donné sur cette institution des détails précis.

« L'empereur, dit M. Ernest Desjardins (1), prêtait à un faible intérêt (5 ou 2 1/2 % suivant les villes) un capital considérable à des propriétaires de telle ou telle cité. Ceux-ci, en retour, hypothéquaient leur domaine pour une valeur égale à la somme prêtée, ayant soin de déclarer les hypothèques antérieures, et donnant en outre l'estimation d'ensemble et celle du détail des terres, afin que, cette valeur étant de beaucoup supérieure à la portion hypothéquée, le capital de l'empereur fût à couvert. Cela fait, les propriétaires versaient le revenu de la somme prêtée, non entre les mains de l'empereur, mais dans la caisse municipale, pour qu'elle fût appliquée à l'entretien alimentaire des enfants pauvres des deux sexes. Dans la table de Veleia, Trajan prête 1,044,000 sesterces sur hypothèque à cinquante et un propriétaires de fonds dont l'estimation n'est pas moindre de 13 à 14 millions de sesterces; l'intérêt à 5 % de la somme prêtée, soit 52,000

(1) *De tabulis alimentariis disput. histor.* — Dict. des antiq. gr. et lat., v° *Alimentarii pueri.*

sesterces, est consacré à l'alimentation de trois cents enfants pauvres, dont deux cent soixante-trois garçons légitimes, trente-cinq filles légitimes, un garçon et une fille illégitimes. » Les garçons recevaient par an 192 sesterces (48 francs environ), les filles 144 (36 francs); les enfants naturels avaient moins (1) (144 et 120 sesterces). L'assistance avait donc pour but d'aider à l'éducation des enfants, mais non de la prendre toute à sa charge.

Ces libéralités furent imitées par de riches particuliers (2) et continuées par les successeurs de Trajan. Adrien en fit profiter les garçons jusqu'à dix-huit ans et les filles jusqu'à quatorze (L. 14, *Dig.*, XXXIV, 1.) Antonin et Marc-Aurèle eurent leurs *Faustinianæ* (3), Alexandre Sévère ses *Mammeanæ* (4). Les *quæstores* et les *præfecti alimentorum*, supprimés par Pertinax et rétablis plus tard, avaient sans doute dans leurs fonctions de surveiller toutes ces fondations spéciales en faveur des enfants assistés.

Ces subsides étaient bien insuffisants, et si l'on considère qu'ils ne s'adressaient presque exclusivement qu'aux enfants légitimes, nés de parents libres, et de préférence aux garçons, on devra reconnaître que Trajan et ses successeurs ne se proposaient pas un autre but qu'Auguste par ses lois *de prole augenda* : la charité proprement dite n'y avait aucune part.

Nous avons vu que Constantin continua ces libéralités, en puisant même dans son trésor particulier. L'Église naissante donna un grand essor à ces efforts charitables. Les premiers chrétiens formaient entre eux une association étroite, « et quand un enfant chrétien, garçon ou fille, reste orphelin, c'est une bonne œuvre si un frère privé de descendants l'adopte et le traite comme son enfant (5). » Les préjugés des païens

(1) M. V. Duruy, *Hist. des Romains*, t. IV, p. 273, en note.
(2) Notamment par Pline le Jeune, *Epist.* VI.
(3) Capitolinus, VIII et XXVI.
(4) Lampride, LVI.
(5) *Constitutions apostoliques*, IV, 1.

qui accusaient les chrétiens d'immoler des enfants dans leurs mystères et de se repaître de leur chair, étaient, il faut le reconnaître, un obstacle. Aussi faut-il arriver jusqu'à saint Augustin pour trouver une allusion à ces sortes d'adoptions (1).

Ce n'est qu'au quatrième siècle qu'on voit surgir, sous l'impulsion de l'Église, des établissements hospitaliers, inconnus de l'antiquité. C'est en Orient, à Sébaste, dans le Pont, vers 355, à Césarée vers 372 (2), que se firent les premières fondations. On distinguait les *nosocomia* pour les malades les *brephotrophia* pour les enfants pauvres, les *orphanotrophia* pour les orphelins, etc.

Les empereurs Anthémius et Léon (L. 32, *Code Just.* I, 3), puis Justinien (*Nov.*, 131, cap. 15) ébauchèrent pour ces hospices d'orphelins et d'enfants trouvés un commencement de législation. Les administrateurs sont considérés comme les tuteurs et les curateurs des enfants, mais ils sont dispensés de fournir les garanties de la tutelle (*satisdatio*). Car il serait dur et inique, disent les empereurs, de blesser par des procédés pleins de défiance des citoyens que la crainte de Dieu pousse à élever, avec une véritable affection paternelle, de malheureux enfants sans parents et sans ressources. Si des biens adviennent aux enfants, les administrateurs en prennent possession en présence d'un *tabularius*, ou après avoir passé un acte devant le *magister census* dans la capitale et devant les *moderatores* ou les *defensores locorum* dans les provinces. Si les biens sont de conservation onéreuse ou difficile, les administrateurs les aliènent après estimation et sont chargés de conserver le prix ou d'en faire emploi.

Enfin les enfants exposés auxquels la société avait pendant

(1) « *Aliquando etiam quos crudeliter parentes exposuerunt, nutriendi a quibuslibet, nonnunquam a sacris virginibus colliguntur, et ab eis afferuntur ad baptismum.* » (*Epist.* 23 ad. Bonif.).
(2) Saint Grégoire, *Orat.* XLIII.

si longtemps refusé toute protection contre la mort, résultat de l'abandon, ou la servitude corruptrice, suite des adoptions intéressées, sont placés par Justinien à la charge des évêques et de leur église qui devront pourvoir à leur entretien conjointement avec le préfet. L'effacement du pouvoir civil devait laisser à l'Église, pendant la période barbare et une partie du moyen âge, la direction presque exclusive de toutes les œuvres d'assistance.

§ 2. — Condition juridique des enfants exposés et abandonnés.

Tandis qu'aujourd'hui chaque individu est muni, en naissant, d'une condition juridique qui détermine sa situation au point de vue de la loi, chez les Romains au contraire, chaque individu n'avait, avant tout, qu'une situation de fait, et c'était cette situation, créée par l'état économique, par l'opinion et les mœurs, que le droit positif venait consacrer, — lorsque besoin était. Les Romains en effet portaient dans la législation leurs habitudes de parcimonie; ils économisaient les lois nouvelles, pratiquant à fond, nous en avons vu des exemples, l'art d'accommoder les restes. La situation des enfants abandonnés offrait-elle un intérêt suffisant pour mériter des lois spéciales? En général non. Ils n'avaient pas de biens propres, et, quant à leur personne, la société, nous l'avons vu, s'en désintéressait. Ils avaient donc une situation de fait, mais de condition juridiquement précise, nous doutons que les Romains leur en aient jamais reconnu.

Cette réserve nous a semblé nécessaire. Nous allons nous servir des règles générales du droit romain pour rechercher quelles étaient en théorie les règles applicables aux enfants abandonnés; mais, ce faisant, nous ne ferons qu'une œuvre d'imagination, exacte peut-être, mais qui n'aura jamais eu, croyons-nous, de réalité objective.

I. La première question qui se pose est de savoir si l'enfant recueilli était rangé parmi les personnes libres ou parmi les esclaves. On présume qu'à l'origine l'enfant exposé avait de *plano* la condition d'esclave, l'austérité des mœurs familiales devant faire supposer que cet *outlaw* était un *partus ancillæ*. On peut retrouver un vestige de cet ancien état de choses dans ce passage de Sénèque (*Controv.* 33). « Les enfants exposés n'appartiennent à aucune classe de la société, ils sont esclaves. Le législateur a jugé à propos qu'il en fût ainsi. »

Cependant il est certain qu'à l'époque de Sénèque l'enfant exposé n'était pas de plein droit esclave et que, par exemple, la personne qui le recueillait n'avait pas besoin de l'affranchir, si elle voulait le traiter comme un fils. La vérité, c'est que, comme il s'agissait avant tout d'une situation de fait, l'adoptant, suivant les motifs qui l'avaient guidé, avait la faculté de traiter l'enfant qu'il recueillait soit comme un fils soit comme un esclave. Telle est la signification de la loi de Constantin : « *Retineat sub eodem statu quem apud se recollectum voluerit agitare, hoc est sive servum sive filium maluerit.* » (L. 1, *Code Théod.*, V, 7.) On a voulu (à tort d'après nous) attacher à ces derniers mots un sens juridiquement précis. Nous devons suivre les interprètes dans leurs essais de théorie.

Que l'adoptant ait eu jusqu'à Justinien le droit de réduire l'enfant en esclavage, rien n'est aussi sûr : tel était même généralement le mobile des adoptions. Les témoignages de Firm. Maternus (1) et de Lactance (2) ne nous permettent pas d'illusions sur leur caractère peu désintéressé.

Mais pouvait-il le placer dans la classe des affranchis pour exercer sur lui les *jura patronatus*? La généralité des termes employés par Constantin semble le lui permettre. L'alterna-

(1) « *Expositi nutriuntur laqueis servilibus implicati.* » (*Astronomie.*)
(2) « *Addixit certe sanguinem suum ad servitutem vel ad lupanar.* » (*Inst. div.*)

tive finale serait alors non limitative, mais simplement énonciative (1).

Par analogie de ce que Claude avait décidé pour l'esclave malade délaissé par son maître, Justinien décida (2) que les enfants exposés, quelle que fût la condition de leurs parents, ne pourraient plus être réduits en esclavage, même s'ils étaient recueillis dans ce but, et qu'ils resteraient libres, nonobstant toute revendication de ceux qui les avaient exposés.

L'adoptant, disait la loi de Constantin, peut traiter l'enfant comme son fils. Cela vise-t-il la situation de fait (comme nous le croyons) ou la situation juridique? En d'autres termes, le bienfaiteur a-t-il droit de conférer légalement par l'adoption à l'enfant qu'il a recueilli, tous les droits des enfants suivant la nature? Cette question, qui sera résolue au § 3, exige l'examen préalable de deux autres questions.

II. L'enfant abandonné est-il considéré comme légitime ou comme bâtard? comme *sui juris* ou comme *alieni juris?*

On doit, dit Merlin (v° *Exposition de part*), le présumer légitime. Car bien que la honte pousse fréquemment les personnes non mariées à exposer « les fruits de leurs débauches », cependant il y a d'autres causes, impérieuses aussi, qui peuvent pousser une mère à abandonner son enfant légitime. Or *semper in dubiis benigniora præferenda sunt.* Mais à vrai dire, suivant la remarque de Loiseau (3) qui peut s'appliquer au droit romain aussi bien qu'au droit français actuel, « l'état de l'enfant exposé est un état négatif; cet enfant n'est ni légitime, ni illégitime, ni naturel, ni adultérin; sa naissance n'est ni honorable, ni ignominieuse, puisque la loi civile le considère et le traite comme s'il tenait sa vie du hasard et comme s'il n'avait point eu de parents. » L'enfant exposé n'étant réputé

(1) J. Godefroy, *Commentaire du Code Theod.*

(2) « *Sancimus ut quocunque vel in ecclesiis, vel in vicis, vel aliis locis adjector constituerit, ii modis omnibus liberi sint.* » (L. 4, *Code,* VIII, 52.)

(3) *Traité des enfants naturels,* deuxième partie, liv. II, tit. III, quest. III

avoir ni famille ni filiation, formant le premier anneau de sa race et de sa génération, il n'est pas soumis aux incapacités successorales qui frappent les enfants naturels. En droit donc, il jouit des mêmes avantages que les enfants légitimes.

Quant à la seconde question, elle se réduit à savoir si la *patria potestas* survit, oui ou non, à l'abandon de l'enfant par le père. Il semble qu'à cette question bien nette, il n'y ait à faire que deux réponses tout aussi nettes : oui ou non.

Les partisans de l'affirmative se bornent à énumérer les textes. A l'origine, l'abandon de l'enfant ne rompait ni la puissance du père ni le *dominium* du maître. Mais, en 225, une constitution d'Alexandre Sévère interdit aux maîtres et patrons le droit de revendiquer l'enfant exposé par leur ordre ou avec leur consentement (L. 1, *Code*, VIII, 52). Constantin, en 331, étend au père cette prohibition (1) (*Code Théod.*, V, 7). En 374, les empereurs Valentinien, Valens et Gratien (L. 2, *Code*, VIII, 52) déclarent que le père qui expose son enfant *subjacebit animadversioni quæ constituta est*, et prive les maîtres qui auront exposé leur enfant esclave du droit de le revendiquer. « Cette différence de peine que la loi établit contre le père et contre le maître prouve assez, dit-on (2), que l'intention du législateur n'était pas de soustraire l'enfant exposé par son père à la puissance de celui-ci. » En 412, Honorius et Théodose renouvellent la disposition dernière de la loi précédente. Justinien, au Code, reproduit à la fois les constitutions d'Alexandre Sévère et de Valentinien, Valens et Gratien qui ne visent que les maîtres et patrons et une constitution (286-295) de Dioclétien et Maximien (L. 16, *Code*,

(1) Notons que cette prohibition, inspirée par les préoccupations du moment, était en opposition avec une autre disposition de Constantin (L. 2, *Code* IV, 43), qui permettait au père de racheter l'enfant qu'il avait vendu *sanguinolentus*. L'insertion de cette seconde disposition seule au Code de Justinien nous autorise peut-être à croire que la règle qu'elle contenait était devenue commune au cas d'exposition. La formule XI de Sirmond nous donne la preuve de cette assimilation.

(2) Merlin, Rép. v° *Exposition de part*, II.

De nuptiis, V, 4), qui conserve au père, auteur de l'exposition, le droit de réclamer son enfant : la constitution de Constantin est passée sous silence. Enfin le même empereur (L. ult. *Code*, VIII, 52), en décidant que tous les enfants exposés, quelle que soit leur condition d'origine, deviendront libres, ajoute que le maître ne pourra plus prétendre le moindre droit sur l'esclave qu'il aura exposé. » *Neque enim oportet eos qui ab initio infantes abjecerunt, hos iterum ad se revocare conari, et servili necessitate subjugare* » ; mais il n'établit rien de semblable à l'égard du père. « Que conclure d'une loi, ajoute Merlin, qui, parlant également des pères et des maîtres, ne prive que ceux-ci de leurs droits (1)? »

A cela les partisans de l'opinion contraire répliquent qu'il est bien difficile de croire que Justinien, moins sévère que Constantin, n'ait pas rangé l'exposition parmi les cas de déchéance de la puissance paternelle. Il s'agit donc pour eux de démontrer que les textes cités ne signifient pas ce qu'ils semblent vouloir dire, et plusieurs voies conduisent à cette démonstration.

Notons d'abord que le seul texte positif en faveur de la première opinion, la L. 16, *De nuptiis*, émane de Dioclétien et Maximien, qu'il remonte à une année comprise entre les deux termes de 286 et de 295 et qu'étant par conséquent antérieur au texte de Constantin (331) qui prononce la déchéance des droits paternels, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'il reproduise le droit ancien. Reste à expliquer pourquoi ce texte se retrouve au *Digeste*. Nous pourrions invoquer une méprise. Cette explication, quoique très vraisemblable, ne paraîtrait sans doute pas suffisante. Mais si nous faisons attention que le but principal de cette loi 16 est de conserver au père,

(1) On pourrait répondre à ce dernier argument que le titre 52 du Livre VIII, dont la L. 1 reproduit la constitution d'Alexandre Sévère contre les maîtres et les patrons s'applique aussi bien aux enfants libres qu'aux enfants esclaves, puisque la rubrique, très générale, porte : *De infantibus expositis* liberis *et servis*.

auteur de l'abandon, le droit de consentir au mariage de sa fille recueillie par autrui, une autre explication vient s'offrir. La famille antique reposait sur une base tout à fait artificielle, où la parenté, en quelque sorte, n'avait par elle-même aucune part. Peu à peu les liens du sang se firent admettre à côté des liens constitués par la *patria potestas*. Et c'est ainsi que les empereurs Valentinien, Valens et Gratien (L. 18, *Code, De nuptiis*) décidèrent que la fille émancipée, sortie par conséquent de la famille, aurait cependant à prendre, pour se marier, l'avis de son père. En dernier lieu donc, la demande de ce consentement est considérée non pas comme une conséquence de la *patria potestas*, mais uniquement comme un devoir de convenance, rentrant dans la *reverentia* due par l'enfant à l'auteur de ses jours et conforme d'ailleurs à l'intérêt de l'enfant. La loi 16 n'est donc pas un obstacle à la déchéance de la puissance paternelle.

Après avoir présenté les arguments des deux opinions adverses, nous sommes, comme cela arrive souvent, un peu moins avancés qu'avant. Il y a un fait incontestable : c'est que la loi 16 et bien d'autres textes encore admettent que le père conservera le pouvoir de réclamer l'enfant qu'il a abandonné. Cela suppose bien que ses droits ne sont pas complètement éteints; mais faut-il en conclure que, nonobstant l'abandon, la *patria potestas* soit restée au père? Au risque de nous répéter, nous dirons encore que, si nous sommes si embarrassés pour répondre à cette question juridiquement précise, c'est que jamais, croyons-nous, la question ne s'est posée aux yeux des Romains dans ces termes absolus.

La situation des enfants abandonnés était avant tout, nous le répétons, une situation de fait. Jamais on ne fit pour eux de législation d'ensemble, contenant une exposition dogmatique des principes et des solutions. Les fragments que nous possédons à leur sujet sont des décisions d'espèce, inspirées par les besoins du moment : de là les contradictions.

Pour engager à recueillir les enfants abandonnés, Constantin avait permis de leur donner la condition qu'on voudrait, même celle d'esclave; toujours dans le même but, pour que le bienfaiteur fût assuré que les services ultérieurs de l'enfant l'indemniseraient des frais consacrés à sa nourriture et à son entretien, il lui garantit la conservation de l'enfant, nonobstant toute réclamation du père ou du maître. Voilà le but de la loi 1. (*Code Théod.*, V, 7.) Il ne faut donc pas nous étonner de ne pas la voir reproduite par Justinien au *Digeste*, puisque cet empereur défendit de réduire les enfants abandonnés en servitude et assura leur liberté, malgré les entreprises des personnes qui les avaient recueillis, malgré les réclamations de leurs maîtres et patrons.

Il est donc facile de comprendre pourquoi les textes qui prononcent la déchéance contre les maîtres et patrons ne parlent pas de la réclamation du père (1). C'est que la situation n'est pas la même.

Lorsqu'un maître ou un patron revendique l'enfant d'une esclave qu'il a autrefois fait exposer, c'est dans le but de le reprendre en esclavage et d'utiliser ses services. Or, de deux choses l'une : ou la personne qui a recueilli l'enfant l'a élevé comme son fils, comme une personne libre ou bien il s'en est servi comme d'un esclave. Dans le premier cas, l'intérêt de l'enfant commande qu'on le laisse à son père adoptif, près duquel il vivra libre. Dans le second cas, l'enfant doit également rester à celui qui l'a recueilli, afin de l'indemniser par ses services de ce qu'il a coûté à élever. (Analogie de la loi qui assurait à la personne qui les avait recueillis la possession des esclaves malades ou infirmes, délaissés par leurs

(1) N'oublions pas que toutes ces lois avaient pour but accessoire, outre la protection de la liberté des enfants, de prévenir les expositions. Or la peine de mort prononcée contre les parents était un moyen préventif suffisant. Cette peine exorbitante ne s'appliquant pas aux maitres et patrons, on tâchait de les retenir par l'intérêt, en les privant pour l'avenir de leur droit de propriété.

maîtres.) Justinien devait d'autant plus prononcer contre les maîtres la déchéance de leurs droits qu'il avait ordonné de laisser libres les enfants recueillis; il ne pouvait donc admettre que les anciens maîtres, par leur réclamation, vinssent les réduire en esclavage, *ut, quos in ipsis vitæ primordiis morti tradiderint, eos, postquam adoleverint, libertate privent.* (*Nov.*, 153, Præf.)

Au contraire lorsque c'est le père qui réclame l'enfant, qu'il a autrefois abandonné, c'est apparemment qu'il est revenu à meilleure fortune et à de meilleurs sentiments et qu'il veut lui faire auprès de lui une situation heureuse. Si donc l'enfant a été réduit en servitude par celui qui l'a recueilli, nul doute qu'après enquête la demande du père ne doive être admise. Si au contraire l'enfant a été élevé comme libre, nous croyons que le juge avait alors la faculté de consulter l'intérêt de l'enfant (1), mais que, si le père présentait les garanties suffisantes, il devait faire droit à sa réclamation.

Cujas avait proposé une autre distinction (2). Partant de ce fait que le père, à l'insu duquel s'était faite l'exposition, conservait, à n'en pas douter, ses droits paternels, il décidait, par une sorte d'analogie, que, lorsque l'exposition avait eu pour mobile une extrême misère, le père n'était pas déchu de sa puissance, mais qu'il la perdait, s'il ne pouvait

(1) Ce qui nous autorise à penser que l'intérêt de l'enfant pouvait l'emporter sur le respect dû à la *patria potestas*, c'est qu'Antonin, ayant à juger un *interdictum de liberis exhibendis* débouta de sa demande le *pater* qui réclamait son fils retenu par sa femme et maintint la garde du fils à la mère, dans l'intérêt, dit-il, de l'enfant. Jurisprudence qui fut confirmée par des rescrits de Marc-Aurèle et d'Alexandre Sévère. (Ulpien, L. 3, § 5. *Dig.*, XLIII, 30.)

(2) On pourrait invoquer à l'appui de cette distinction un argument assez fort. Constantin, dans le cas d'extrême misère des parents, avait autorisé la vente des enfants *adhuc sanguinolenti* : or dans ce cas il conservait au père le droit de répéter son enfant, bien entendu moyennant indemnité. Il se peut parfaitement qu'on ait appliqué aussi cette règle au cas d'exposition : dans ce dernier cas, en effet, le père ne recouvre aussi son enfant qu'en vertu d'une cession, en dédommageant avant toutes choses celui qui l'a élevé de la nourriture et des autres dépenses qu'il peut avoir faites pour cet enfant.

justifier de cette excuse (1). Il se flattait de concilier ainsi la loi 16 avec la constitution de Constantin.

Peut-être les tentatives de conciliation sont-elles destinées à rester vaines. Il a dû se produire ici un mouvement analogue à celui qui s'est produit en matière d'adoption. La parenté naturelle a pris ou gardé sa place à côté de la parenté civile. Et voilà pourquoi le père a conservé le droit de réclamer l'enfant exposé, bien que, suivant nous, il eût perdu la *patria potestas*.

La preuve de ce dernier fait est contenue dans la loi 3, *Code*, VIII, 52, dans cette même loi qui enlève au maître seul, sans parler du père, le domaine sur les enfants exposés. L'argument *a contrario* qu'on en tire pour prétendre que les enfants, affranchis de la puissance dominicale, sont maintenus en puissance paternelle, est infirmé par le texte même qui attribue aux enfants eux-mêmes tous les biens qu'ils peuvent acquérir depuis leur exposition. « *Sed, nullo discrimine habito, hi qui ab hujusmodi hominibus educati sunt, liberi et ingenui appareant et sibi acquirant.* » Donc s'ils acquièrent pour eux, ils ne sont plus en puissance paternelle.

Par la force même des choses, les pères adoptifs avaient, au moins jusqu'à la réclamation du père naturel, un entier pouvoir sur les enfants qu'ils avaient recueillis. S'ils leur avaient donné la condition d'esclaves, ils avaient sur eux les pouvoirs du *dominus;* s'ils les avaient élevés comme des personnes libres, ils exerçaient en fait les droits du *pater*.

Ils avaient d'abord, sur la personne, au moins les mêmes droits que les maîtres et patrons, lesquels exerçaient sur leurs disciples et apprentis, comme par délégation d'une part de

(1) Il va de soi que, dans notre système, les conditions dans lesquelles l'exposition s'est produite sont un des principaux éléments d'appréciation du juge, dans son enquête sur la moralité du père.

la puissance paternelle, un droit de correction (1). Mais la correction devait être modérée (2).

Bien plus, nous croyons qu'un bienfaiteur n'avait même pas besoin de l'adoption pour assimiler à un fils l'enfant qu'il avait recueilli et élevé comme tel (3). Le fait créait la condition, et c'est sur cette condition que le droit venait se mouler comme la toge souple aux larges plis se moule sur le corps dont elle épouse la forme.

Pour nous résumer, nous dirons que la puissance paternelle passe entièrement au bienfaiteur, mais sous une condition résolutoire : la réclamation du père véritable (4). Il y avait là comme deux droits en présence, l'un actuel, l'autre en réserve pouvant amener un conflit. Mais les magistratures romaines elles-mêmes, dualités armées de droits égaux, étaient aussi des sources continuelles de conflits, et les Romains, plutôt que de chercher à les prévenir par une limitation savante des prérogatives de chacun, comptaient sur les frottements nécessaires de la vie pour amortir les chocs et régler le jeu des rouages de la machine.

(1) « *Causa ut in verberibus, quæ impunita sunt a magistro illata, vel parente, quoniam emendationis non injuriæ gratia videntur adhiberi.* » (L. 16, § 2. *Dig.*, *De pœnis.*)

(2) L. 6. *Dig.*, *Ad leg. Aquil.* — L. 5, § 3, *Dig.*, *Ad leg. Aquil.* — L. 13, § 4, *Dig.*, *Locati.*

(3) « *Patres non tantum natura et illo initio continentur : satis est plerumque ad hoc jus videri. Non dubium est, quin si intestatus decessissem, antequam tu agnosceres, aditurus ille hæreditatem, quasi filius fuerit? Num dubium est, quin si pulsasset patrem, non injuriarum tantum lege teneretur? si occidisset, non cœdis tantum lege pœnas daret?... Cujus tulerit nomen, in cujus censum delatus sit?* » Quintilien, *Declam.* CCLXXVIII. Sur le point de savoir si le père pouvait se porter héritier de l'enfant exposé mort sans descendance, Gregorius Tolosanus (*Syntagm. jur. univ.*, lib. 45, cap. 10, § 12) pense que, sous Trajan déjà, la *pœna denunciati* l'éloignait de la succession. Le maître, à partir d'Alexandre Sévère, et le père, à partir de Constantin et en tout cas de Justinien, perdant leur puissance, ne sauraient *a fortiori* conserver un droit à l'hérédité.

(4) Cette formule nous paraît conforme au seul texte un peu précis, la Declam. CCLXXVIII de Quintilien. « *Si intestatus tu decessisses : ad alios quoslibet tua pertineret hereditas. Vis scire quam pater non fueris? recipere illum, nisi solutis alimentis, non potuisti. Lex tibi dicit, alienus est : et tibi, ut pater esse incipias, emendus.* »

Au dernier terme de l'évolution législative romaine, sous Justinien, les enfants sont protégés directement par la loi à la fois contre les parents qui les ont rejetés et contre les bienfaiteurs qui les ont recueillis : ils sont déclarés libres et *sui juris*, maîtres de leur personne et de leurs biens.

§ 3. — Modifications dont est susceptible la condition des enfants.

1° *Par le fait des personnes qui ont recueilli l'enfant.*

Nous avons dit que l'enfant recueilli n'avait qu'un état négatif, qu'il n'avait qu'une condition de fait. L'intérêt manquait le plus souvent pour habiller cette condition d'un vêtement juridique. La situation matérielle dans laquelle il vivait formait, pour ainsi dire, une possession d'état, qui allait servir de point de départ aux actes juridiques destinés à amener dans cette situation une modification.

C'est ainsi que si l'enfant avait été rangé par celui qui l'avait recueilli au nombre de ses esclaves, nous pensons que son maître devait, pour le rendre à la liberté, user de l'affranchissement.

Si l'enfant, au contraire, avait été élevé en personne libre, comme un fils, il devait très probablement jouir des effets juridiques attachés à la situation de fait qui lui avait été donnée.

La question de savoir si le bienfaiteur de l'enfant pouvait le faire entrer *légalement* dans sa famille par l'adoption nous semble donc plus théorique que pratique. Notons cependant que les formalités de l'adoption étaient un obstacle, puisqu'elles exigeaient la participation du *paterfamilias* (avant Justinien, mancipations suivies d'une *addictio* en faveur de l'adoptant, — depuis Justinien, déclaration du père devant le magistrat). Or le père de l'enfant exposé est inconnu : on

ignore même s'il possède ou non la puissance paternelle.

Mais puisque la puissance paternelle cesse, en fait, par l'abandon (sauf le droit de réclamation ultérieure), les enfants, présumés libres, sont provisoirement *sui juris*. Rien ne s'oppose donc à ce qu'ils soient adrogés. Si plus tard le père ou le maître établit sa qualité et revendique son droit, l'adrogation cessera comme elle cesserait par une émancipation. Mais cette résolution n'aura pas d'effet rétroactif : l'adrogeant conservera les biens acquis par l'adrogé à son profit.

Lorsque l'enfant n'avait été ni réduit en esclavage ni adrogé, nous avons dit qu'à l'origine il avait été assimilé presque complètement à un fils de famille et que, sous Justinien, il fut déclaré *sui juris*, qu'il put alors, une fois pubère, se marier librement, contracter, recevoir par donation ou testament, transmettre ses biens soit à sa postérité soit à des étrangers. (L. 3, *Code*, VIII, 52.)

Mais lui nommait-on un tuteur? En pratique on ne recourait à cette nomination que lorsqu'il y avait un intérêt, lorsque par exemple il était advenu des biens au pupille.

2° *Par le fait des maîtres ou des parents.*

Il faut distinguer : 1° si l'enfant exposé est né de parents libres ou de parents esclaves; 2° s'il a été élevé par la personne qui l'a recueilli comme un esclave ou comme une personne libre. D'où quatre combinaisons possibles.

1° L'enfant né d'une femme esclave a été élevé comme libre.

Le maître qui voudra le revendiquer devra intenter l'action préjudicielle ayant pour objet la *vindicatio in servitutem*. L'enfant restera provisoirement libre, jusqu'à ce que le maître ait établi son droit. L'enfant, ne pouvant défendre lui-même sa liberté contestée, sera représenté par son bienfaiteur qui jouera le rôle d'*assertor libertatis*. Celui-ci aura d'ailleurs l'exception de dol contre le maître pour se faire

rembourser, avant la remise de l'enfant, les dépenses occasionnées par son entretien. (L. 1, *Code*, VIII, 52.)

2° L'enfant né libre a été réduit en esclavage. Le père agira alors par l'action préjudicielle ayant pour objet la *proclamatio in libertatem*. Il se portera *assertor* et s'il fait la preuve de son droit, il recouvrera l'exercice de sa puissance en remboursant les dépenses, sauf compensation avec les services que l'enfant aura pu rendre.

3° L'enfant né libre a été élevé comme personne libre. Si le bienfaiteur refuse de restituer l'enfant, le père pourra, à son choix, user du *præjudicium de patria potestate* ou intenter une action en revendication. (L. 1, § 2, *Dig.*, VI, 1.)

4° L'enfant né d'une femme esclave a été gardé comme esclave par la personne qui l'a recueilli. Son maître primitif suivra les règles ordinaires de la *rei vindicatio*.

Nous avons vu qu'Alexandre Sévère interdit toute revendication aux maîtres et patrons par l'ordre ou du consentement desquels l'exposition avait eu lieu, interdiction qui, pour des motifs d'intérêt public, fut étendue par Constantin aux pères même (1). Nous avons néanmoins émis l'opinion que le père conserva toujours le droit de réclamer l'enfant qu'il avait exposé (2), absolument comme il avait le droit

(1) Si l'exposition a eu lieu à l'insu et contre le gré du père ou du maître, si par exemple elle a eu lieu à la suite d'un *furtum*, le père et le maître conservent le droit de réclamer l'enfant. Mais lorsque l'enfant a été enlevé et que le ravisseur l'a fait passer pour exposé, aucune indemnité n'est due au voleur pour ses dépenses. (L. 1, *Code*, VIII, 52.)

Si le ravisseur a vendu l'enfant comme esclave à un tiers, il faut distinguer si ce tiers est de mauvaise foi, auquel cas il est assimilé au voleur et n'a pas droit au remboursement, ou s'il est de bonne foi : auquel cas l'acquéreur aura l'exception *doli mali* pour se faire rembourser ses dépenses par le maître ou le père revendiquant, sauf à faire entrer en compensation les services rendus par l'enfant.

(2) Les parents, en exposant les enfants, leur attachaient des marques ou des signes leur permettant de les retrouver plus tard.

Quum exponendum do illi, de digito annulum
Detraho, et eum dico ut una cum puella exponeret.

(Térence, *Eunuch.*, IV, 1.)

Les mères éludent souvent l'ordre barbare donné par leur mari, en exposant

de revendiquer l'enfant qu'il avait vendu *sanguinolentus*. Mais nous avons admis pour le juge un certain pouvoir d'appréciation à l'égard de la réclamation exercée par le père.

La restitution de l'enfant et sa liberté, lorsqu'elle est en question, sont-elles soumises à la condition préalable du remboursement? Nous devons reprendre les quatre hypothèses précédentes.

Que l'enfant né d'une *ancilla* ait été élevé comme personne libre ou maintenu en esclavage, le maître revendiquant devra tout d'abord rembourser la somme fixée par le juge. La constitution d'Alexandre Sévère s'applique à ces deux hypothèses : « *Si partus ancillæ vel adscriptitiæ... expositus sit... restitutio ejus ita fiet ut si quæ... consumpta fuerint restituas.* » Dans le premier cas, l'enfant restera libre jusqu'au remboursement effectué. *Libertas omnibus rebus favorabilior est.* (L. 122, *Dig.*, L. 17.)

Si un enfant né libre et élevé comme personne libre est réclamé par son père, celui-ci devra aussi, au préalable, effectuer le remboursement. Quintilien s'exprime très nettement sur ce point : *Alimenta soluisti, computasti mecum ut expositum reciperes.* (Declam. CCLXXIX), et : « *Recipere illum, nisi solutis alimentis, non potuisti. Lex tibi dicit, alienus est; et tibi, ut pater esse incipias, emendus.* »

Si un enfant né libre a été réduit en esclavage, sa liberté ne sera pas subordonnée au remboursement. « La liberté, dit l'empereur Trajan dans un rescrit qu'il adressait à Pline, ne doit pas être rachetée au prix des aliments. » (Lib. 10, *Epist.* 71.) L'enfant ne pourra pas même être gardé comme une sorte de gage garantissant la restitution; car, suivant le droit civil, *libertas inæstimabilis res est.* (L. 106, *Dig.*, 50, 17.)

Quelle est, d'autre part, l'étendue de cette obligation de

leurs enfants au lieu de les tuer. Dans les comédies l'intrigue se dénoue souvent par la reconnaissance de filles autrefois exposées et recueillies par des étrangers.

remboursement? Comprendra-t-elle les dépenses voluptuaires aussi bien que les dépenses nécessaires et utiles? Le juge aura un large pouvoir d'appréciation et statuera *ex æquo et bono*, d'après les facultés du réclamant (1). En théorie, et d'après les principes généraux en matière de revendication, les dépenses voluptuaires seront écartées, parce qu'autrement le bienfaiteur pourrait, dans le but de mettre obstacle à la réclamation, faire des dépenses que le père ou le maître ne pourrait restituer. La constitution d'Alexandre Sévère : « *Restitutio ita fiet, ut si quæ in alendo eo, vel forte ad discendum artificium juste consumpta fuerint, restituas,* » ne fait porter le remboursement que sur les frais de nourriture, les frais d'apprentissage utiles et les frais d'une instruction moyenne.

Tous les textes supposent que le réclamant est le père ou le maître et qu'il revendique l'exercice de sa puissance. Mais la mère, après le décès de son mari ou après le divorce, le père ou la mère d'un enfant issu *ex concubinatu* ne possédaient pas la puissance paternelle; pouvaient-ils cependant réclamer leur enfant, s'il avait été exposé à leur insu?

Si la loi refusait à ces parents la *patria potestas*, c'est-à-dire un pouvoir civil établi arbitrairement par le législateur, elle leur reconnaissait cependant à l'égard de leurs enfants des devoirs, et partant des droits, résultant de la parenté naturelle. C'est ainsi qu'elle les chargeait de la garde matérielle, de l'instruction et de la direction morale de leurs enfants. Mais ces attributions, fondées sur l'intérêt seul des enfants, sont soumises aux restrictions que cet intérêt comporte : elles pouvaient donc, si l'intérêt de l'enfant l'exigeait, être retirées aux parents pour être confiées à d'autres. Le juge, statuant suivant l'équité et prenant pour guide l'intérêt des enfants, devait donc accorder ou refuser la restitution, suivant les circonstances.

(1) Proculus, L. 27, § 5, *Dig.*, VI, 1.

A l'origine le père, en vertu de sa *patria potestas*, était toujours admis à réclamer son enfant : il revendiquait simplement un droit. Plus tard le père perdit, en principe, sa *patria potestas* sur l'enfant qu'il avait fait exposer : Constantin en avait tiré cette conséquence que le père ne pourrait plus réclamer cet enfant. Enfin, malgré la perte de sa *patria potestas*, le père put cependant obtenir la restitution de l'enfant, non plus en arguant d'un droit lui appartenant, mais en invoquant l'intérêt de l'enfant.

C'est une nouvelle manifestation de l'évolution que nous essayons de suivre.

3° *Par la réclamation des enfants.*

Les enfants pouvaient avoir un grand intérêt à rechercher leur véritable état. En établissant leur filiation, ils retrouvaient une famille et devenaient aptes à exercer leurs droits sur la succession de leurs agnats et de leurs cognats. En établissant leur origine ingénue, ils sortaient de l'esclavage où ils avaient pu être réduits.

Pour établir sa filiation, l'enfant, élevé comme libre, agira par le *præjudicium de partu agnoscendo*. (Sénatus-consulte Plancien et Hadrien, L. 1 et suiv. *Dig.*, XXV, 3.)

S'il réussit, retombera-t-il sous la puissance de son père? Nous ne le pensons pas. Indépendamment de la raison d'analogie qui, à partir de l'époque où il fut interdit au père de revendiquer l'enfant qu'il avait exposé, s'opposait à ce que la réclamation de l'enfant produisît indirectement un résultat auquel le père ne pouvait arriver en agissant lui-même, les principes du droit romain étaient contraires à ce que la *patria potestas* fût ainsi imposée au père, contre son gré.

Mais quand le droit prétorien eût rangé parmi les héritiers siens les enfants devenus *sui juris*, les enfants exposés,

à l'exception de ceux qui avaient été adrogés par leur bienfaiteur et non émancipés, purent venir à la succession avec les enfants restés en puissance, à la condition d'apporter leurs biens propres dans la masse commune.

Si le père est mort et si les héritiers sont déjà entrés en possession, le nouveau venu dans la famille ne sera pas cependant écarté définitivement de la succession. Si l'on décide qu'il restait sous la puissance de son père, n'ayant pas été exhérédé, il invoquera l'omission dont-il a été l'objet. (L. 29, *Dig.*, XL, 4.) Si l'on décide, au contraire, que la puissance paternelle avait cessé, l'enfant arrivera à la succession par la *bonorum possessio contra tabulas* (L. 2, pr. *Dig.*, XXXVII, 11), ou, s'il a été exhérédé, recourra à la *querela inofficiosi testamenti.*

Pour établir sa qualité d'homme libre, l'enfant, élevé comme esclave, usera du *præjudicium de libertate.* Il ressort du rescrit de Trajan que sa liberté ne sera pas subordonnée à leur remboursement : *neque ipsam libertatem redimendam pretio alimentorum.* (*Code Théod.*, V, 7.) J. Godefroy pense que Constantin, en même temps qu'il refusait au père la *repetitio*, enleva également aux enfants exposés de naissance libre l'*assertio*, c'est-à-dire le droit de revendiquer leur liberté. En tout cas le texte n'en dit rien.

On connait notre opinion sur le premier point. Nous pensons à plus forte raison que les enfants conservèrent toujours le droit que Trajan, dans une lettre à Pline le Jeune, leur avait expressément reconnu. (Lib. 10, *Epist.* 71.) Les nombreuses déclarations faites en faveur de la liberté, se seraient mal accordées avec un refus qu'aucune raison ne justifiait, qu'aucun texte ne commandait.

Justinien ne fit en effet que confirmer les idées alors générales et clore naturellement une longue série de tâtonnements successifs en décidant que tous les enfants deviendraient, par le fait de l'exposition, libres et *sui juris.*



ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE I.

PÉRIODE BARBARE.

L'état social des Gaulois et des Germains est peu connu. Les témoignages de César et de Tacite manquent de précision. Aussi les conjectures se donnent-elles librement carrière.

Dans l'ancienne Gaule comme à Rome, la puissance paternelle était absolue. Le père avait sur sa femme et sur ses enfants droit de vie et de mort. (César, VI, 19. — Gaïus, *Comm.* I, 55.) Strabon (IV) toutefois vante la fécondité des femmes gauloises et leur supériorité comme mères et comme nourrices.

L'autorité du chef de famille qui, à Rome, s'appelait *manus* s'appelait en Germanie le *mundium* (de *munt*, main). C'est à tort qu'on a essayé d'opposer le *mundium* primitif à la *manus* : les deux pouvoirs, dérivant de la même nécessité naturelle, devaient avoir le même caractère. En l'absence d'un pouvoir social, la protection est assurée par la famille : le père est donc aussi le chef. Le *mundium* s'étend (1) non seulement sur la femme et les descendants, mais encore sur les affiliés,

(1) *Lex Alaman.*, tit. 54, 2 — 51, 3.

clients (1) et esclaves. La protection, nous l'avons déjà dit, ne s'achète qu'au prix de l'indépendance.

A l'origine donc, le père jouissait en Germanie des mêmes pouvoirs qu'à Rome : droit de vie et de mort (2), droit de vente (3), etc. Le père est à la fois propriétaire, chef religieux (4), juge (5) et chef militaire (6). Mais tandis qu'à Rome le droit s'est fixé de bonne heure, avant d'avoir subi l'influence des modifications économiques, en Germanie au contraire le droit, ayant conservé toute sa souplesse, put suivre plus facilement et plus vite les transformations amenées par les besoins matériels et les réalités de la vie. Le droit primitif ne se trouvant pas figé dans la rigidité d'un texte, opposa moins de résistance. La famille se désagrégea plus vite, mais les liens furent relâchés, non brisés. La *propinquitas* subsista à côté de la *familia*. Chaque chef de ménage devint chef de famille, et dans cette famille ainsi restreinte, de bonne heure, la puissance paternelle reçut des adoucissements.

Au temps de Tacite, le droit de vie et de mort ne s'applique plus qu'à certains crimes spéciaux, et l'intervention d'une sorte de conseil et de tribunal de famille apparaît (*Germ.*, XVIII, XIX). La puissance paternelle trouve une autre barrière dans

(1) Tacite, *Ann.*, I, 57; XII, 30.

(2) Wilda (*das Strefrecht der Germanen*) et J. Grimm (*Deutsche Rechts. alterthümer*), prétendent que, notamment chez les Frisons, le père n'avait le droit de tuer et d'exposer son enfant que tant qu'il n'avait pris aucune nourriture. Julien (*Orat.*, II, epist. XVI) et Claudien (*in Ruf.* II) rapportent que les peuplades des bords du Rhin avaient la coutume d'abandonner les nouveau-nés aux ondes du fleuve, persuadées que les enfants légitimes surnageraient et que les fruits de l'adultère seraient engloutis. — V. Richthofen, *Untersuchungen über fries. Rechtsgeschichte*, Theil II, Band I, p. 407.

(3) Tacite, *Germ.*, X, *Ann.*, IV, 72. — Warnkœnig, *Franz. Staats-und Rechtsgeschichte,* t. II, p. 267. — Wasserschleben, *die Bussordnungen,* p. 155, 156.

(4) Tacite, *Germ.*, X.

(5) Tacite, *Germ.*, XIX. — En Germanie, le maître, comme partout, exerçait sur ses esclaves une sorte de juridiction de famille. V. pour les Francs établis en Gaule la form. XXVIII du livre II de Marculfe et la CXXXVI[e] de Lindenbrog.

(6) Tacite, *Germ.*, VII, XXI.

l'opinion (1). « Le meurtre des nouveau-nés, affirme Tacite (*Germ.*, XIX) est un acte que l'esprit public flétrit et réprouve; et les bonnes mœurs ont là plus d'empire que n'ont ailleurs les bonnes lois. » Le même auteur fait honneur aux Germains de ne pas limiter le nombre de leurs enfants et aux femmes de nourrir elles-mêmes leurs descendants (XX).

L'état essentiellement guerrier des anciens Germains fut peut-être (avec l'absence de religion politique) une des causes pour lesquelles l'idée de protection finit par l'emporter sur l'idée de pouvoir.

Le *mundium* du père se termine quand le fils, devenu en âge de porter les armes, prend place dans l'association guerrière de la tribu (2), où il trouve une protection suffisante. Les enfants parvenus à l'*ætas legitima* (douze ans chez les Francs, quinze ans chez les Ripuaires, d'après Pardessus) (3) devenaient libres de pourvoir à leur existence comme bon leur semblait. Il est à croire cependant que lorsque ces enfants restaient dans la maison de leur père, ils continuaient à rester soumis à son autorité, qui s'étendait sur toute la communauté familiale. Mais du moment où ils jouissaient d'une certaine capacité intellectuelle et d'une certaine force physique, ils conservaient toujours un recours contre les abus de cette autorité, c'était de s'y soustraire en sortant de la communauté : ils devenaient alors *sui juris*, ce qui n'avait pas lieu à Rome.

Le droit des différents peuples barbares, qui, à partir du troisième siècle, envahirent l'empire romain, présente des analogies qui nous permettent de réunir dans un tableau d'ensemble leurs dispositions relatives à l'enfance.

Un *wergeld* spécial punissait les violences faites à une

(1) V. Geffroy (A.), *Rome et les barbares*, p. 195, 197.

(2) Tel est le sens de l'émancipation par l'investiture du bouclier et de la framée, dont parle Tacite (*Germ.*, XIII).

(3) *Loi salique*, Dissert. III. — « *Ætatem legitimam virtus facit.* » (Cassiodore, *Var.* liv. I, ep. 38.)

femme enceinte, même esclave, et à l'enfant simplement conçu (1). L'avortement était puni de la mort, de l'esclavage ou d'une simple amende suivant les cas, chez les Wisigoths (2), les Bavarois (3), les Alamans (4), les Francs-Saliens (5), les Francs Ripuaires (6), les Langobards (7) : on faisait généralement une distinction suivant que le fœtus était animé ou non.

Le titre XXVI de la loi salique prévoit le meurtre d'un enfant qui n'a pas douze ans et le punit d'une peine beaucoup plus forte que le meurtre des autres ingénus; il érige également en délit le fait de couper les cheveux aux enfants, en les exposant ainsi à être considérés comme des enfants d'esclaves.

Les petits enfants, dont la situation, dans une société aussi barbare que la société franque, était assez menacée, trouvèrent deux appuis dans le droit romain et dans l'influence canonique. Les usages romains, devançant le droit officiel, avaient amené un progrès qui trouve sa constatation dans les lois romaines des peuples barbares : le tuteur était devenu peu à peu un protecteur.

La loi des Visigoths marque un progrès sur les autres lois barbares et sur le code théodosien, auquel elle a emprunté une grande partie de ses dispositions. C'est ainsi que les parents ne peuvent ni vendre leurs enfants ni les donner en

(1) Il ne faudrait pas croire cependant que l'augmentation du *wergeld* de la femme enceinte fût uniquement due à une idée de protection. « La femme est une valeur, dit M. Viollet (*Précis*), surtout la femme féconde, pouvant enfanter, ou la femme enceinte; or c'est la femme nubile ou la femme grosse qui est l'objet de ce *wergeld* plus élevé, souvent triple du *wergeld* de l'homme. L'idée de protection n'est donc point l'idée première, l'idée dominante : on se fait indemniser d'une valeur considérable perdue. Voilà tout! » Les peuples primitifs, nous l'avons vu, ne considèrent la femme et l'enfant qu'au point de vue de leur valeur pécuniaire et des services matériels qu'ils peuvent rendre.

(2) VIII, t. IV, liv. XVI (Hœnel).

(3) VII, 18, 19, 21 (Pertz, III).

(4) LXXVII (Pertz, III).

(5) XXIV (Behrend).

(6) XIII-XXXVI, 10 (Peyré).

(7) Art. 75 (Pertz, IV).

gage (1). L'exposition est prohibée : les parents sont forcés par le juge de racheter leur enfant à celui qui l'a recueilli, en lui donnant en échange un esclave. S'ils n'ont pas effectué d'eux-mêmes ce rachat, ils sont condamnés à un exil perpétuel; s'ils sont trop pauvres pour payer le prix, l'auteur de l'exposition devient esclave à la place de l'enfant. Si l'enfant d'une esclave a été exposé à l'insu du maître, celui-ci pourra le réclamer en payant le tiers de sa valeur; mais si c'est à sa connaissance, l'enfant restera à celui qui l'aura élevé. Si les parents ne paient pas celui à qui ils ont donné leur enfant à nourrir (le prix était d'un sou par an jusqu'à l'âge de dix ans : après cet âge, l'enfant était censé pouvoir gagner sa nourriture), l'enfant reste en esclavage.

A côté des législations civiles, le droit canonique atteignait les coupables de crimes contre l'enfance par ses excommunications et ses pénitences, dont l'ensemble formait de véritables codes (2). « Les manœuvres destinées à procurer la stérilité, l'avortement, quel que soit le mode usité, sont punis de une à trois années de pénitence, avec des jeûnes fréquents; la peine est plus ou moins élevée suivant que le fœtus a ou n'a pas atteint le terme de quarante jours (3). Le prêtre doit distinguer encore s'il s'agit d'une femme poussée à ce crime par une extrême pauvreté, ou si c'est seulement dans le but de cacher une faute. S'agit-il du meurtre d'un enfant après sa naissance, dix années de pénitence peuvent être ordonnées, et la peine est

(1) Lex Wisigoth., V, IV, 12.

(2) Wasserschleben, *die Bussordnungen der abendlandischen Kirche*. — Kunftmann, *Die lateinischen Pœnitentialbücher*. — « Se tenir des années entières hors la porte de l'église; puis d'autres années dans l'église, mais prosterné; porter des cilices ou encore des cendres sur la tête; se laisser croître la barbe et les cheveux; jeûner au pain et à l'eau; demeurer enfermé et renoncer à toute relation », — « s'en aller en pèlerinage avec des cercles de fer rivés au cou, aux bras, à la ceinture ou aux jambes, » etc., étaient autant de pénitences. (Fleury, *Discours sur l'Histoire ecclés.*, sec. disc. — Cucherat, *De l'origine et de l'emploi des biens ecclésiastiques au moyen âge*.

(3) Les lois des Anglo-Saxons, attribuées à Henri Ier (LXX, 15) font la même distinction.

toujours augmentée dans le cas où l'enfant n'est pas baptisé. On punit également les négligences ayant amené la mort (1). Le chrétien qui a vendu son enfant est tenu de le racheter et de faire une pénitence de sept semaines; s'il ne le peut pas, la pénitence est de vingt-huit semaines. Certains pénitentiaux accordent cependant, en raison d'une grande pauvreté, la vente pour sept ans (2). »

La Bible, qui devait fournir tant de prescriptions au droit canonique, contenait nombre de recommandations en faveur des orphelins (3). Dès le commencement du sixième siècle, les Pères, dans tous les conciles (4), se préoccupent de toutes les questions d'assistance. Les évêques réunis à Tolède, en 589, enjoignent aux juges (canon dix-septième) de s'employer avec les ecclésiastiques pour empêcher les pères et mères de faire mourir les enfants dont ils se trouvent surchargés; ils nous apprennent que l' « abominable coutume de tuer les enfants pour ne pas les nourrir » est « très répandue (5) ». Des hôpitaux sont fondés, mais paraissent réservés aux malades et aux étrangers. Il faut arriver en 787 pour trouver à Milan la fondation par l'archiprêtre Datheus du premier établissement affecté spécialement à l'enfance abandonnée : cet asile, d'après Muratori (6), était destiné principalement à empêcher les parents

(1) «*Mulier quæ dormiens filium suum oppresserit, et mortuus fuerit, sex annis pœniteat. Vir ejus, si in domo illius fuit, quatuor. Si vero in uno lecto, simili modo pœniteat, duos in pane et aqua, reliquos quatuor, secundum quod sacerdos viderit illos posse, abstinentiam imponat ciborum.* » (*Canones Isaac Episcopi Lingonensis*, c. XIV. (Baluze, 1677, t. I, p. 1254.) — Chez les Anglo-Saxons, une loi d'Alfred suppose qu'en cas de mort d'un nourrisson, celui qui l'élevait était tenu de se disculper de toute faute.

(2) Voir pour l'indication des textes M. L. Lallemand. (*Histoire des enfants abandonnés*, p. 93 et 94.)

(3) *Isaïe*, 1, 17. — *Deuter.* X, 18, etc.

(4) Les conciles, d'ailleurs, ne se réunissaient que sur l'ordre formel des rois, qui arrêtaient à l'avance l'objet de leurs délibérations et leur en donnaient les articles. (Dom Bouquet, t. IV, p. 103 (an 511), — p. 106 (an 535), — p. 107 (an 549, an 584, etc.)

(5) Guérin, *Somme des conciles*, t. I, p. 491. — Hefele, *Histoire des conciles*, trad. Delarc, t. III, p. 310, 593.

(6) *Antiquitates Italicæ medii ævi*, t. III, p. 537.

de tuer les enfants dont ils ne voulaient pas divulguer la naissance. Ces enfants exposés dans l'église étaient confiés à des nourrices; on les formait ensuite à l'apprentissage d'une profession, et, une fois élevés, ils restaient libres.

Au siècle précédent déjà, nous lisons dans un passage de la vie de saint Magnebodus, évêque d'Angers (606-654), cité par Ducange : *Xenodochia et brephotrophia diversaque mansionum habitacula ædificare procuravit.*

Citons enfin le canon 40 du concile de Francfort-sur-le-Mein (794) qui enjoint aux évêques de faire élever les filles orphelines par des femmes chrétiennes.

Avec les Carolingiens, l'autorité civile se raffermit et l'idée de tutelle sociale se lie à celle de pouvoir social. Sous l'inspiration de l'Église (1) et sous l'influence des réminiscences romaines, les empereurs se déclarèrent les défenseurs, les tuteurs des faibles et des incapables. La protection qu'en vertu du vieux droit germanique (2) les rois accordaient aux mineurs et aux orphelins prit dès lors un développement tout nouveau et vraiment extraordinaire. Le *capitulare mantuanum* (781) contient à cet égard la déclaration suivante : *Ut sanctis ecclesiis Dei, neque viduis, neque orphanis, neque peregrinis, fraude vel rapinam vel aliquid injuriæ quis facere præsumat; quia ipse domnus imperator, post domini et sanctis ejus, eorum et protector et defensor esse constitutus est* (3). Les *missi dominici* sont munis de pleins pouvoirs pour exercer ce souverain contrôle et cette juridiction morale, qui rappellent les attributions des anciens censeurs (4).

(1) Dans une lettre qu'il adresse au roi Clovis, saint Rémy lui dit : « *Cives tuos erige, afflictos releva, viduas fove, orphanos nutri,* » etc. (Dom Bouquet, t. IV, p. 51).

(2) Schupfer, *La Famiglia presso i Longobardi,* p. 108.

(3) Rapprocher *Capit. aquisgranense,* § 5, an 802; *Capitul. quart.,* 805, c. 13, (Bal. 1677, I, p. 438); *Capit. quint.,* 819, c. 3 (Bal. I, p. 615); *Capit. sext.,* 819, c. 7 (Bal. I, p. 620). — *Lex Longob.,* tit. XLVIII, c. 3.

(4) « *Ut Missi nostri, undecunque necesse fuerit, tam de justitiis Ecclesiarum Dei, viduarum, orphanorum, pupillorum et ceterorum hominum in-*

Il serait curieux de relever dans la *Collection des Capitulaires* tous les passages où les droits et les devoirs de l'État, au sens moderne du mot, sont dores et déjà affirmés. Pour nous en tenir à notre sujet, nous trouvons des dispositions multiples et souvent renouvelées, ayant pour but de veiller aux intérêts des veuves, pupilles et pauvres qui se présentent en justice (1), de les recommander à la sollicitude des comtes (2) et des évêques (3), d'invoquer en faveur des orphelins l'idée de la solidarité, sinon humaine, au moins chrétienne (4); de veiller au salut spirituel des enfants, en rendant sous peine d'amende le baptême obligatoire dans l'année de la naissance (5) et en ordonnant aux parents de faire au plus vite confirmer leurs enfants (6) et aux prêtres d'avoir toujours une hostie prête, *ut quando parvulus infirmus fuerit, statim eum communicet, ne sine communione moriatur* (7), de recommander aux parents d'avoir à nourrir leurs enfants et de ne se décharger de leur entretien sur les monastères que s'ils les destinent réellement à la vie religieuse (8), sans que

quirant et perficiant, et quodcumque ad emendandum invenerint emendare studeant in quantum melius potuerint. Et quod per se emendare nequiverint, in præsentiam nostram adduci faciant. » (*Capit. prim.*, 814, c. 59, Bal. I, p. 520.)

(1) *Capit. prim.*, 819, c. 3 (I, p. 599). — *Collect. des Capit.*, liv. II, c. 33 (Bal. I, p. 747), liv. VI, c. 268 (p. 967).

(2) *Capit.*, 823, c. 6 (I, p. 635).

(3) *Capit.* de Charles le Chauve, 857.

(4) *Capit.* de Charles le Chauve, 851, c. 3 (Bal. II, p. 45).

(5) *Capit.*, 789, c. 19 (I, p. 253.)

(6) *Collect. des Capit.*, liv. VI, c. 177, (I, p. 953).

(7) *Collect. des Capit.*, liv. I, c. 155 (I, p. 731). — En nous plaçant dans les idées de l'époque, toutes ces dispositions étaient des mesures de protection aussi légitimes que peut l'être de nos jours la vaccination rendue obligatoire. Toute religion, qui se prétend seule vraie, doit être forcément, si elle en a les moyens, fanatique et intolérante.

(8) *Capit.*, 804, c. 6 (I, p. 417). V. dans Baluze, t. II, p. 574, *Nova collectio*, la formule par laquelle un père offrait ses enfants à un monastère. Malgré les efforts des empereurs, ces vocations imposées étaient fréquentes et n'étaient le plus souvent qu'une forme d'abandon : l'égoïsme des parents et leur désir de se débarrasser d'enfants inutiles y avaient plus de part que la véritable piété. Baluze (II, p. 1298) cite cet extrait d'une ancienne homélie : « *Sunt multi in sancta Ecclesia qui ab ipsis infantiæ suæ cunabulis mancipantur Dei servitio, et*

cependant les parents puissent faire prendre le voile à leurs filles en bas âge avant que celles-ci aient conscience de ce qu'elles veulent (1), de protéger l'orpheline de père contre les violences de son parâtre (2); de rappeler aux parents qu'ils doivent donner à leurs enfants le bon exemple en menant une vie sobre (3) et les bien élever (4) pour en faire des hommes dévoués à leur empereur et soumis à ses lois (5) en même temps que de bons chrétiens (6); de prier les prêtres de se charger de l'éducation des enfants et de tenir les écoles *in congruis locis* (7); de protéger les enfants contre les captations

omni tempore vitæ suæ immaculate Deo servire student, sive in monastico ordine, sive in canonico. » — Vdalricus (in antiquioribus consuetudinibus monasterii Cluniacensis ad Vuillelmum Abbatem Hirsaugiensem) : « *Accedit aliquotiens admodum grata et joconda memoria pollicitationis tuæ de cavendo ingenio quorumdam hominum secularium, qui nimirum non magnopere curantes de alio quam de hac sola temporali vita, postquam domum habuerint, ut ita dicam, plenam filiorum et filiarum, aut si quis eorundem claudus erit aut mancus, surdastes aut cæcus, gibbosus aut leprosus, vel aliud quid hujusmodi quod eum aliquo modo seculo facit minus acceptum, hunc quidem impensissimo voto ut monachus fiat offerunt Deo.* » L'abus s'étendait aux filles. « *Solent,* inquit Hieronymus (epist. ad Demetriadem, *De virginit. servanda*) *miseri parentes et non plenæ fidei Christiani deformes et aliquo membro debiles filias, quia dignos generos non inveniunt, virginitati tradere.* » On sait que sous l'ancien régime les filles ou les fils cadets embrassaient souvent la profession religieuse pour laisser à l'aîné une part plus grande de la fortune familiale.

(1) *Capit. prim.*, 805, c. 14 (I, p. 424). — Les enfants ne pouvaient entrer dans les ordres sans l'autorisation de leurs parents (*Capit. aquisgr.*, 616, c. 20 (I, p. 567); *Capit. prim.*, 819, c. 21 (I, p. 604), ni y entrer définitivement avant l'âge de vingt-cinq ans. (*Capit. prim.*, 814, c. 19 (I, p. 516). *Capit. aquisgr.*, 816, c. 26).

(2) V. Baluze, t. I, p. 161, 164, 181, 829, 857, 1178, 1276.

(3) *Capit. prim.*, 810, c. 6 (I, p. 473.)

(4) Le devoir d'éducation est nettement reconnu au cap. 46 du livre II de la *Collect. des Capit.* (Bal. I, p. 751).

(5) *Capit. prim.*, 810, c. 16 (I, p. 474).

(6) *Capit. prim.*, 813, c. 18 (I, p. 504); *Capit. quint.*, 814, c. 3 (I, p. 531).

(7) *Capit.*, 823, c. 5 (I, p. 634).

« *Et non solum servilis conditionis infantes, sed etiam ingenuorum filios adgregent sibique socient. Et ut scholæ legentium puerorum fiant. Psalmos, notas, cantus, computum, grammaticam per singula monasteria vel episcopia discant. Sed et libros catholicos bene emendatos habeant : quia sæpe dum bene aliquid Deum rogare cupiunt, per inemendatos libros male rogant. Et pueros vestros non sinite eos vel legendo vel scribendo corrumpere. Et si*

d'héritages par les religieux (1), de venir en aide aux orphelins exhérédés (2), etc., etc.

Le meurtre de l'enfant est assimilé à l'homicide (3). L'empereur rappelle aux époux que le mariage a été institué par Dieu, *non causa luxuriæ, sed causa potius filium adpetendum* (4). Les enfants, *parvoli,* restent sous le mundium de leur père jusqu'à leur majorité et leur départ de la maison paternelle. Le chapitre 4 du livre VI de la *Collection des Capitulaires* prouve que le père avait le droit de vendre son enfant; et l'auteur de la vie de saint Junien (5) reconnaît ce même droit à une mère veuve (6). C'est que la misère des temps était affreuse. Grégoire de Tours (liv. VII, c. 45) rapporte que *subdebant se pauperes servitio, ut quantulumcumque de alimento porrigerent* (7). Le père, à qui l'on avait dû laisser la ressource de se vendre lui-même (8), devait à plus forte raison pouvoir vendre ses enfants : c'était un moyen de leur

opus est evangelium et psalterium et Missale scribere, perfectæ ætatis homines scribant cum omni deligentia. »

On lit, in vita sancti Memuuerei Episcopi Paderbornensis, cap. 2 : « *pueros tam nobiles quam inferioris conditionis in scholam congregatos in divinæ lectionis eruditioni nutrire.* »

(1) *Capit. aquisgr*, 816, c. 7 et 8 (I, p. 565 et 566).

(2) *Collect. des Capit.*, liv. II, c. 31 (Baluze, I, p. 747).

(3) *Collect. des Capit.*, liv. VII, c. 168. (Baluze, I, p. 1060.)

(4) *Collect. des Capit.*, liv. VI, c. 230. — « *Commixtio carnalis cum uxoribus gratia fieri debet prolis, non voluptatis.* » La procréation des enfants étant l'objet du mariage, l'impuissance était une cause d'annulation. (*Capit.* 752, c. 17. — Hincmar, 37e lettre.)

(5) Labbe, *Biblioth. manuscriptor.*, t. II, p. 573.

(6) Cependant à la mort du père ses pouvoirs se divisent : la tutelle proprement dite passe à la mère et le *mundium* au plus proche parent paternel.

(7) La formule XLIV de Sirmond prouve qu'un homme tombé dans la misère peut se mettre sous la dépendance d'un autre sans cesser d'être libre, *ingenuili ordine :* il s'oblige à le servir pour recevoir *victum et vestitum.* C'était l'exception.

(8) *Lex Bajuvor.*, cap. 6, tit. 5 : « *Quamvis pauper sit, tamen libertatem suam non perdat nec hereditatem suam; nisi si spontanea voluntate alicui tradere voluerit, hoc protestatem habeat faciendi.* » — La loi des Lombards (liv. II, tit. 34, c. 3) et Lotaire, dans son capitulaire d'Olona (824, Baluze II, p. 321) décidaient que lorsqu'un homme libre avait vendu sa personne, sa femme et ses enfants conservaient la liberté.

sauver la vie. Comme dit Jornandès (*De rebus Geticis*, cap. 26) : *Satius deliberant ingenuitatem perdere quam vitam.* Mais cette vente n'était qu'un pis-aller toléré par crainte d'un mal plus grand. Charles le Chauve, par un capitulaire de 864 (1), destiné à compléter les dispositions du chapitre 29 au troisième livre de la compilation des *Capitulaires* (2) rendit le rachat toujours possible et fixa le remboursement à un sixième en sus du prix d'achat (3).

La même nécessité impérieuse conduisit non seulement à permettre, mais encore à encourager publiquement l'exposition et l'abandon des nouveau-nés (4).

L'exposition se faisait soit dans les carrefours (5), soit à la porte des maisons, soit au seuil des églises. Il y avait même, dans certaines villes, notamment à Trèves, une sorte de tour pour recueillir les enfants (6). Les formalités à remplir lorsqu'on avait trouvé un enfant exposé avaient été prévues, en

(1) Baluze, II, p. 192.

(2) Baluze, I, p. 760.

(3) « *Ut quicumque ingenui filios suos qualibet necessitate seu famis tempore vendiderint ipsa necessitate compulsi, emptor si quinque solidis emit, sex recipiat : si decem, duodecim solidos similiter recipiat : aut si amplius, secundum suprascriptam rationem augmentum pretii consequatur.* »

(4) In synodo Matiscensi, cap. 6, apud Burchardum « *decretum est ut unusquisque Presbyter in sua plebe publice annuntiet ut si aliqua femina clanculo corrupta conceperit et peperit, nequaquam diabolo cohortante filium aut filiam suam interficiat, sed quocunque prævalet ingenio ante januas Ecclesiæ partum deportari ibique poni faciat ; ut coram sacerdote in crastinum delatus, ab aliquo fideli suscipiatur et nutriatur.* »

(5) « *Quod solet evenire de infantibus qui projiciuntur a matribus in triviis aut in ostiis domorum.* » (Homilia incerti auctoris in die Pentecostes, in vetustissimo codice M. S. Ecclesiæ Lugdunensis. — Bal. II, p. 1202.)

(6) On lit dans Vuandelbertus Diaconus in vita B. Goaris : « *Moris tunc Trevirorum erat ut cum casu quælibet femina infantem peperisset cujus nollet sciri parentem, aut certe quem præ inopia rei familiaris nequaquam nutrire sufficeret, ortum parvulum in quadam marmorea concha, quæ ad hoc ipsum statuta erat, exponeret, ut in ea cum expositus infans reperiretur, existeret aliquis qui eum provocatus miseratione susciperet et enutriret. Si quando igitur id contigisset, custodes vel matricularii Ecclesiæ puerum accipientes, quærebant in populo si quis forte eum suscipere nutriendum et pro suo deinceps habere vellet. Ubi vero ad eam rem offerret sese aliquis, infans qui esset expositus Episcopo deferebatur, et ejus privilegio auctoritas nutriendi habendique parvuli ei qui a matriculariis susceperat firmabatur.* »

droit romain, par les empereurs Honorius et Théodose et réglementées par les synodes de Vaison (1), c. 9. (442), d'Arles (2), c. 32 (452), et d'Agde (505). Nous trouvons dans les formules de Sirmond (XI) une *Epistola collectionis*, par laquelle les *matricularii* (3) attestent qu'ils ont recueilli un enfant exposé, et que, suivant la loi romaine, ils l'ont vendu moyennant un certain prix à une personne de bonne volonté, qui consent à l'élever pour en tirer ultérieurement des services et qui n'en sera dessaisi que moyennant indemnité (4).

(1) « *De expositis, quia collata ab omnibus querela processit eos non misericordiæ jam sed canibus exponi, quos colligere calumniarum metu quamvis infelix a præceptis misericordiæ mens humana detrectet, id observandum est, ut secundum statuta fidelissimorum Augustorum piissimorumque Principum quisquis expositum colliget, Ecclesiam contestetur, post contestationem colligat. Nihilominus de altari dominico die minister annuntiet ab ecclesiastico expositum esse collectum, ut intra dies decem ab expositionis die expositum recipiat, si quis se probaverit agnovisse, collectori pro ipsorum decem dierum misericordia prout voluerit ad præsens retribuat, aut in perpetuum cum Dei gratia, si voluerit, possideat. Si quis expositorum hoc ordine collectorum repetitor vel calumniator extiterit, ut homicida habendus est.* »

(2) « *Si expositus ante Ecclesiam cujuscunque fuerit miseratione collectus, contestationis ponat epistolam. Et si is qui collectus est, intra decem dies quæsitus agnitusque non fuerit, securus habeat qui collegit. Sane qui post prædictum tempus calumniator extiterit, ut homicida ecclesiastica districtione damnabitur, sicut patrum sanxit auctoritas.* »

(3) On a tour à tour désigné sous ce nom les pauvres inscrits sur les registres de la paroisse, les marguilliers qui tiennent ces registres et font les distributions (Bignon) et les gardiens de l'église (Vuandalbertus Diaconus).

(4) « *Nos quoque in Dei nomine matricularii sancti illius, dum matutinis horis ad ostia ipsius Ecclesiæ observanda convenissemus, ibique infantulum sanguinolentum, periculo mortis imminente, pannis involutum invenimus, et ipsum per triduum seu amplius apud plures homines inquisivimus quis suum esse diceret, et non invenimus; cui nomen ipsum imposuimus. Sed postea pietate interveniente, et Domini misericordia opitulante, ipsum infantulum homini aliquo nomine illo ad nutriendum dedimus, ut si Deo præsule conval luerit, ipsum in suis servitiis ac solatiis juxta legis ordinem* (L. 1, *Code Théod.*, *De expositis*) *retineat. Pro quo pretium accepimus, in quod nobis bene complacuit, valentem solidos tantos. Et ut præsens epistola firmior sit, manibus propriis eam subter firmavimus, et bonis hominibus roborandam decrevimus, secundum sententiam illam quæ data est ex corpore Theodosiani libri quinti, dicens : Si quis infantem a sanguine emerit, si nutritum dominus vel pater eum recipere voluerit, aut ejusdem meriti mancipium, aut pretium nutritor quantum valuerit consequatur. Et ut præsens epistola firmior sit, manu nostra propria eam subter firmavimus, et bonis hominibus roborandam decrevimus. Actum.* »

La loi citée (L. 1, C. Theod., *De his qui sanguinolentos*) ne parle pas, à vrai

Quelle était, d'après la loi salique, la condition de l'enfant exposé dont le père et la mère étaient inconnus? M. de Savigny (1) croit qu'il était libre de choisir la loi qu'il voulait, en se fondant sur un texte de la loi des Lombards : *homo in adulterio* (2) *natus vivat qualem legem voluerit*. Pardessus croit que chez les Francs celui qui avait recueilli et élevé un enfant délaissé était maître de le considérer soit comme esclave, soit comme libre, et que dans ce dernier cas, une sorte d'adoption plaçait l'enfant sous la loi de l'adoptant (3). Il pense que les règles contenues dans la formule XI[e] de Sirmond et XLVIII[e] de Mabillon, quoique déduites du droit romain, devaient être observées, soit lorsque c'était un homme régi par la loi salique qui avait recueilli un enfant réclamé ultérieurement par un Romain, soit dans le cas inverse. La personne qui possédait l'enfant ne pouvant être accusée de l'avoir enlevé indûment puisqu'elle avait fait constater son titre de possession et ayant la faculté de le considérer comme son esclave, si elle le jugeait à propos, il était juste que celui qui réclamerait cet enfant payât une indemnité pour les soins et la nourriture (4).

Rappelons, pour terminer, qu'à côté des adoptions individuelles, empruntant la forme d'une vente, et pouvant cacher un espoir de lucre aussi bien qu'une pensée de charité, il y avait les hospices et asiles (5), ouverts aux orphelins, aux enfants abandonnés, aux voyageurs, aux pauvres et aux infirmes, aux malades et aux vieillards, fondations placées sous

dire, des enfants exposés : mais, suivant la remarque de Bignon, la raison de décider est la même puisque les *matricularii* ont fait une vente qui donne à l'acheteur le droit de retenir l'enfant *in suo servitio*. V. aussi la formule XLVIII[e] de Mabillon. Nous avons d'ailleurs soutenu qu'au point de vue de leur réclamation on avait assimilé les enfants exposés aux enfants vendus par leurs parents.

(1) M. de Savigny, *Histoire du droit rom. au moyen âge*, t. I, § 39.

(2) *Adulterium* signifierait ici une liaison irrégulière, le simple concubinage.

(3) Pardessus, *Loi salique*, Dissertat. II; et Dissertation sur un édit de Sigismond. (*Journal des sav.*, 1839, p. 385.)

(4) Pardessus, *Loi salique*, Dissertat. VII.

(5) *Collection des Capit.*, liv. II, XXIX. (Baluze, I, p. 746.)

l'autorité de l'Église, émanées souvent de la générosité privée (1) « *in animæ remedium et peccatorum remissionem* » et entretenues par les aumônes des fidèles (2).

(1) *Lex Longob.*, tit. III, c. 4. — *Marculfi Formulæ*, lib. sec., I. (Baluze, II, p. 399.)

(2) La formule : « *Sicut aqua extingnit ignem, sic eleemosyna extinguit peccatum* » prêtait à des abus. Aussi le synode de Chalon-sur-Saône, sous Charlemagne, se prononça-t-il *adversus eos qui de industria peccantes per eleemosynas impunitatem sibi promittebant. Non enim, inquit, idcirco quis peccare debet ut eleemosynam faciat, sed ideo eleemosynam facere debet quia peccavit.* » Mais l'expression de « *pretia peccatorum* », qui désigne souvent dans les textes les biens d'Église est rachetée par l'appellation plus noble de « *patrimonia pauperum* ».

CHAPITRE II.

DE LA PERSISTANCE DES ANCIENNES IDÉES.

Nous avons signalé, à travers la nuit chaotique de la période barbare, quelques lueurs qui annoncent l'aurore d'un monde nouveau. Ce sont comme les premiers jalons plantés sur la route du progrès moral où l'humanité s'est engagée pour ne plus reculer. Ce n'est pas à dire que l'état de choses ancien ait disparu sans laisser de vestiges. La nature ne fait pas de saut, et, par une sorte de survivance, les anciens usages se perpétuent plus longtemps qu'on ne croirait. Aussi ne devons-nous pas être étonnés si, pendant de longs siècles encore, les coutumes populaires portent la trace des idées qui avaient dominé l'ancien monde.

C'est surtout dans le domaine moral, dans les questions relatives à la famille que les traditions se perpétuent (1). Les

(1) De nombreuses traces persistèrent de la communauté familiale primitive. Chez les Burgondes (*Lib. leg. Gundebati*, I, 1, 2; XXIV, 5; LI, 1), comme d'ailleurs dans l'Inde ancienne et dans l'ancien droit hongrois (Mitacshara, I, 2, 7), les fils, du vivant du père, pouvaient exiger le partage des biens et réduire le père à sa quote-part. Un édit de Chilpéric de 574 porte que celui qui voulait entamer un procès devait soumettre la question à l'examen de ses parents (*vicini*, d'après du Cange, avait cette signification). Enfin la famille ou, comme on disait au moyen âge, le lignage conserva certains droits sur les biens de chaque individu (retrait lignager). Le droit de co-propriété des enfants se manifesta encore par leur intervention dans les aliénations et l'énergie de leurs droits successoraux.

besoins du commerce et l'influence de la philosophie grecque à Rome, l'existence guerrière en Germanie avaient mis en pleine lumière la valeur de l'individu. L'enfant, embryon d'homme, voit reconnaître ses droits. Mais l'idée qui faisait de l'enfant la propriété et la chose du père avait poussé de trop fortes racines dans les temps anciens pour ne pas projeter de rameaux jusque dans le monde nouveau.

Pendant longtemps on pourra encore dire, avec un peu d'exagération peut-être, que, comme autrefois, le droit de vie et de mort, le droit d'exposition et de vente, le droit de correction se confondent dans l'unité du pouvoir absolu, exercé par le père.

Le mari avait à Rome le *jus vitæ necisque* sur ses enfants et sur sa femme soumise à la *manus*. Fortifié par la tradition germanique, ce droit se conserva longtemps. Les Lombards permettaient au mari de tuer sa femme, non, il est vrai, *ad suum libitum, sed rationabiliter*. Jusqu'au onzième siècle, le mari peut tuer sa femme *cum lege et probatione*. Il faut ajouter que le mari restait ordinairement seul juge de la bonté de son motif.

L'exposition des nouveau-nés et l'abandon sont des plaies sociales qui sont de toutes les époques et qu'on ne peut se flatter de voir disparaître : mais dans les périodes troublées et misérables, comme fut le moyen âge, le mal devint plus général et plus profond (1).

Quant au droit de vente, qui correspondait à la fois aux vieilles traditions germaniques et aux mœurs romaines, c'est en vain que la loi des Wisigoths (V, IV, 12) l'a formellement abrogé. Les restrictions apportées par les derniers empereurs romains, les efforts de la législation carlovingienne (*Edict.*

(1) On lit notamment dans la *Chronique de Vendôme* (douzième siècle) que, pendant la famine de 1162, les mères, se voyant dans l'impossibilité de nourrir leurs enfants, venaient les déposer devant les portes du couvent des Cordeliers et que l'abbé et les frères en prenaient soin.

Pist., an 864, c. 34) n'empêchent pas que, sous la seconde race, il était encore permis aux pères de vendre leurs enfants pour subvenir à leurs nécessités (*Glossaire du droit français*, t. I, p. 373) et qu'en plein quinzième siècle (1), on voit en France un père vendre ses enfants âgés de six ans. En 1489, la coutume de Bazas, tout en déniant au père le droit de vendre son fils lorsque cette vente doit livrer l'enfant à des mains immorales ou cruelles, reconnaît que le père peut louer les services de son fils, s'il est dans la misère, ou le donner en gage pour sortir de prison (2). La femme était souvent comprise (3) dans l'aliénation faite par un père de famille besoigneux; — et le paysan anglais de nos jours (4) (1841) qui, las de sa femme, la conduit au marché une corde au cou et la vend au plus offrant, comme on ferait d'un objet jadis acheté et devenu hors d'usage, pourrait, dit M. Viollet, invoquer en sa faveur une longue tradition historique.

Les notes de Baluze sur Salvien (*Adversus avarit.*, lib. II, § 4) prouvent qu'au treizième siècle les pères étaient encore autorisés à consacrer irrévocablement leurs enfants, même dès le ventre de leur mère, à la profession ecclésiastique ou monacale. (V. Bouhier, *Observ.*, I, 370, 372 et 483.)

Parmi les droits du père, il en est un qu'aucune transformation dans les mœurs ou les lois ne pourra jamais détruire, parce qu'il est nécessaire et voulu par la nature même : c'est le droit de correction. Ce droit qui, applicable aux enfants seuls, borné à un laps de temps restreint et contrôlé par la société, constitue la seule épave qui doive survivre au naufrage de l'ancienne puissance du chef de

(1) Acte du 25 juillet 1440, publié dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse* (t. VI, p. 169 en note). Pour le treizième siècle, voir Beaumanoir, ch. XLV.

(2) Cout. de Bazas de 1489, art. 171 (*Archives historiques de la Gironde*, t. XV, p. 83, 146.

(3) Loersch et Schröder, *Urkunden*, Privatrecht, t. I, p. 67, n° 87 (62).

(4) Lorieux. (*Revue Fælix*, t. VIII, p. 672.)

famille, ce droit n'avait alors aucune des restrictions qu'il a reçues depuis. Il s'étendait à tout le domaine soumis à la puissance du père depuis la femme (1) et les enfants (2) jusqu'aux serviteurs. Il n'était limité ni dans son étendue, ni dans sa durée, ni dans son application. Pour nos ancêtres, qui étaient peut-être sur ce point dans la vérité naturelle, sociale et domestique (3), la femme n'était en somme que la première servante de son mari (4).

(1) Dans une consultation adressée par Rhabanus, Abbas Fuldensis, à Regimboldus, Chorepiscopus Moguntinus (Baluze, II, p. 1378), on examine le cas d'un mari qui, en battant sa femme enceinte de trois jumeaux, tua deux des enfants qu'elle portait dans son sein, avant qu'ils aient pu recevoir le baptême, le troisième étant venu au monde tellement faible qu'il mourut peu après l'accouchement, baptisé. — « Il loist à l'homme, dit Beaumanoir, de battre sa femme sans mort et sans mehaing (mutilation). » — « Le mari, avait dit aussi saint Augustin, a le droit de souffleter sa femme. »

(2) « Le titre de père, dit Dareau (*Traité des injures*, 1775, p. 352, 353) est un titre de maître dans sa maison... Lorsqu'un père est assez malheureux pour avoir des enfants qui s'écartent envers lui, il est en droit de les châtier sans que personne puisse l'improuver. »

(3) Ceci n'est pas une boutade, en désaccord avec l'idée générale de notre thèse qui est de montrer l'émancipation graduelle de l'individu. S'il est vrai que le droit doive consacrer et garantir les droits de chaque individu, pris isolément, comme si cet individu était une monade absolument indépendante, c'est que le droit, pour être fidèle à son but, doit mettre les choses au pis et supposer que tous les hommes peuvent être des canailles : s'il n'y avait que d'honnêtes gens, un code serait inutile, la loi naturelle suffirait. Le droit doit se placer dans l'hypothèse d'un conflit et fournir à chaque individu les moyens de faire reconnaître et respecter tout son droit. Mais autre chose est des mœurs. Où en serait-on, si chacun, poussant jusqu'au bout ses prétentions, voulait user de son droit extrême. La vie ne va pas sans de grandes et mutuelles concessions. Le droit politique a consacré les droits du citoyen : est-ce une raison pour ne pas désirer que les mœurs publiques soient telles que les citoyens se soumettent, par une discipline volontaire, au respect des autorités, respect qui, loin d'être contraire, est au contraire indispensable au développement durable des libertés. De même les droits de la femme n'impliquent pas la destruction de l'autorité maritale. Pour venir à bout du *combat de la vie*, parfois si dur et si douloureux, ce n'est pas trop, comme dit M. Viollet, « d'un peu de soumission d'une part et un peu d'autorité de l'autre. »

(4) Lehuërou, *Hist. des instit. caroling.*, p. 39. — Cf. Doniol, *De l'état physique et moral des populations en Auvergne avant et depuis* 1789, p. 111. — Carondas le baron reproche cependant aux Français d'être trop « gynécocratumènes. » (Pand. II, v.)

Il faut citer, comme d'heureuses exceptions, les quelques coutumes (Dreux, Chartres, Chateauneuf-en-Thimerais. Vitry et Montargis), qui remettent l'autorité paternelle conjointement et solidairement au père et à la mère.

Comme la ménie tout entière, elle était soumise au droit de correction de celui qui était son seigneur (1). Au treizième siècle, en Normandie, on admettait qu'un père de famille ne pouvait être poursuivi pour avoir battu sa femme, son serviteur, son fils ou sa fille ou aucun qui soit « en sa mesgnie (2) ».

Si nous trouvons quelques-uns de ces juges du moyen âge qui étaient de véritables précurseurs et préparaient l'avenir en le devançant, condamner un mari qui avait battu sa femme jusqu'au sang (3) et protéger les enfants contre les mauvais traitements du père (4), les soustraire même à son autorité (5), nous voyons cependant l'ancienne tradition se perpétuer jusqu'au seuil du dix-neuvième siècle. Quelques années après la Révolution française, en l'an X, un commis-

(1) Le mari n'est jamais coupable « lorsqu'il n'emploie la correction que pour rectifier la conduite ou réprimer l'insolence de sa femme. » Pour que la femme puisse se plaindre, « il faut des faits si graves, qu'il puisse en résulter du danger pour la vie... . Mais si, au lieu de ces faits graves, il paraît ou que les mauvais traitements ne sont pas absolument considérables ou que la femme n'en ait reçu aucun qu'elle n'ait bien mérité, sa demande alors ne saurait lui réussir. » (Dareau, *Traité des injures*, 1775, p. 330 et 331). « Il faut convenir, ajoute cet auteur peu galant (p. 333), que, s'il y a des maris intraitables, il y a aussi des femmes d'une indocilité si extraordinaire, d'un naturel si acariâtre, d'une insolence si outrée, d'une conduite si volontaire et souvent si déréglée, que bien loin d'improuver la fermeté des maris envers elles, on ne saurait trop la louer et la seconder dans les occasions. Un mari n'est comptable à personne de la manière dont il punit sa femme lorsqu'elle le mérite ; il a un droit de juridiction correctionnelle dont il serait dangereux de le dépouiller. »

(2) Cauvet, *Le droit civil de la Normandie au treizième siècle*, p. 8, 9. — Le droit était identique dans d'autres parties de la France, notamment à Bergerac. (Ord., t. XII, p. 492, art. 50 ; p. 451, art. 82.)

(3) Voir notamment un arrêt du 12 juillet 1600 qui condamne à la prison pour le reste de ses jours un avocat de Chartres pour sévices excessifs commis sur la personne de sa femme au sujet de quelques reproches qu'elle lui faisait sur sa mauvaise conduite.

(4) Arrêts du Parlement de Bretagne du 26 avril 1559, du Parlement de Provence des 16 décembre 1669 et 12 mai 1779, du Parlement de Toulouse de janvier 1675, etc.

(5) Graverol sur la Roche-Flavin, liv. 3, tit. 5, v° *Serviteurs*, dit : « Quoique les enfants soient sous la puissance de leur père, ils peuvent s'en tirer quand ils sont extrêmement maltraités. » V. un arrêt du Parlement de Toulouse du 31 janvier 1675.

saire du gouvernement français près le tribunal criminel de l'Escaut soutient encore officiellement que les sévices exercés par le chef de famille ne peuvent faire la matière d'une action publique et criminelle (1).

Aujourd'hui le droit de correction maritale (2) et paternelle (3) prend pour point d'appui l'autorité publique; mais, sur certains points, il se rattache encore très directement à l'ancienne tradition. Au dix-septième siècle, les prisons de Paris renfermaient un grand nombre de majeurs de trente ans, voire même des prêtres, détenus par voie de correction paternelle (4). Par un arrêt de règlement du 9 mars 1673, le Parlement restreignit l'exercice du droit de correction à l'âge de 25 ans (5), mais les pères, non remariés en secondes noces, purent toujours, jusqu'à cet âge, faire enfermer leurs enfants indociles dans les maisons de force, de leur propre autorité (les garçons à Bicêtre, les

(1) Nous lisons en effet dans les *Questions de droit* de Merlin que le tribunal correctionnel de Gand ayant condamné un ouvrier de cette ville, nommé Geeraert, pour voies de fait sur la personne de sa femme (vendémiaire an X), le commissaire du gouvernement fit appel, en protestant contre cette ingérence de l'État dans l'intérieur des familles. La loi du 22 juillet 1791, disait-il, ne peut être appliquée. Elle vise les crimes et délits contre les citoyens. « Or cette expression désigne des personnes indépendantes les unes des autres; elle est exclusive des personnes confondues dans une union constante, placées sous la puissance l'une de l'autre, et entre lesquelles les discussions sont toujours prêtes à naître... Que l'on considère les résultats de l'interprétation contraire de la loi! Quel est le chef de famille qui ne devra pas trembler de se voir à chaque instant livré à un tribunal soit correctionnel, soit de police, pour rendre compte de sa conduite envers sa femme et ses enfants?

(2) *Code pénal,* art. 336, 337.

(3) *Code civil,* art. 375 à 381.

(4) C'est ce que nous apprend l'arrêt de règlement du Parlement de Paris du 9 mars 1673.

(5) D'après une ordonnance royale (du 15 juillet 1763, les parents dont les fils étaient tombés dans des cas de dérangement de conduite, capables d'exposer l'honneur et la tranquillité de leurs familles, sans cependant s'être rendus coupables de crimes dont les lois ont prononcé la punition, pouvaient demander au secrétaire d'État ayant le département de la guerre et de la marine, leur exportation dans l'île de la Désirade. *Si les motifs des parents étaient trouvés légitimes*, les jeunes gens étaient conduits à la Désirade aux frais du roi et étaient employés à la mise en culture des terrains de cette colonie.

filles à la Salpétrière) (1). Les pères trouvaient d'ailleurs dans les lettres de cachet un moyen d'emprisonner leurs fils même majeurs de 25 ans (2). Par réaction contre les abus qui s'étaient produits, la loi des (16-24) août 1790 décida que la détention de l'enfant devrait être prononcée par le tribunal de famille et confirmée par le président du tribunal du district. Le Code civil crut devoir renoncer à ces garanties pour les mineurs de quinze ans n'ayant ni état ni biens personnels; mais, comme conséquence du décret du 20 septembre 1792 qui avait abaissé à 21 ans la majorité civile, il limita à cet âge le droit du père.

Enfin, s'il est vrai de dire qu'une idée nouvelle s'est introduite, l'idée d'une majorité émancipatrice, l'âge seul, indépendamment de toute autre circonstance, conquérant la vertu d'émanciper l'enfant, c'est-à-dire de le soustraire à la puissance paternelle, encore convient-il d'ajouter que cette idée ne fut ni générale ni absolue.

Cette idée d'ailleurs n'était pas étrangère aux sociétés anciennes. Le droit n'étant le plus souvent que la consécration du fait, l'enfant a toujours joui d'une certaine capacité juridique, du jour où il a joui, en fait, d'une certaine capacité intellectuelle et d'une certaine puissance physique. Presque tous les peuples jeunes ont connu une majorité très précoce, de sept, dix, douze ou quatorze ans (3). Mais les législations de ces peuples primitifs, qui ne faisaient pas de l'analyse pour l'art, n'ont pas pris soin de régle-

(1) Arrêt de 1696. (*Journal des Audiences*, t. V.) Les mères devaient se faire autoriser par une ordonnance du juge. Les pères remariés devaient se faire autoriser par le lieutenant civil qui prenait l'avis des parents les plus proches.

Quant à la durée de ces emprisonnements, un arrêt du 25 mai 1680 nous prouve que l'autorité judiciaire prenait sur elle de le faire cesser, quand elle le jugeait convenable.

(2) Le grand Mirabeau avait 25 ans lorsque, sur la demande de son père et en vertu d'une lettre de cachet, il fut incarcéré au château d'If.

(3) Voir les exemples cités par M. Viollet. (*Précis*, p. 428 et suiv.)

menter les rapports qui naissaient de l'existence de ces majorités précoces et de la survie de l'autorité de la famille. Tout se résolvait par une question de fait. Ainsi, en Germanie, l'enfant majeur pouvait, en quittant l'habitation de son père, s'affranchir de l'autorité paternelle : en sortant de la communauté familiale, il devenait *sui juris*, ce qui n'avait pas lieu à Rome. Mais, conformément à la nature même des choses, le fils qui continuait à habiter avec son père restait sous son autorité jusqu'à l'âge le plus avancé : ainsi le chef de famille pouvait, dans certains cas, continuer jusqu'à sa mort de régir sa famille (1).

Cette double idée se retrouve au moyen âge. Nous avons vu que, chez les Goths, dans une société guerrière, toute la théorie de la majorité était formulée en ces termes : *Ætatem legitimam virtus facit* (2). La même idée est exprimée, dans la société bourgeoise du moyen âge, mais sous une autre forme, par le jurisconsulte anglais Britton (3), qui décide qu'un roturier dès qu'il sait auner le drap, compter les deniers, « sagement marcheander, » est majeur et qu'une fille aussi est majeure, dès qu'elle sait tenir une maison (4).

(1) Dans ce sens Grimm (*Deutsche Rechtsalterhümer*, 1854, p. 462); Schulte, *Histoire du droit et des instit. de l'Allemagne*, trad. Fournier, p. 31 et M. Viollet (*Précis*, p. 416 et 431). Il faut ajouter d'ailleurs que cette autorité n'était pas sans limites, puisque l'enfant pouvait toujours s'en affranchir en se retirant.

(2) Cassiodore, *Var.*, 1, p. 38.

(3) Britton, édit. Nichols, t. II, p. 8, 9. — Comp. Beaumanoir, ch. XV, § 22, édit. Beugnot, t. I, p. 256, et ch. XVI, 8, t. I, p. 266, 267.

(4) En dehors des émancipations expresses, qui pouvaient se faire notamment par déclaration devant le magistrat ou le corps municipal, il existait un grand nombre d'émancipations taisibles. « Feu et lieu séparés, disait-on, font émancipation. » L'enfant qui quittait la maison paternelle pour s'établir ailleurs et chercher fortune devenait *foris familiatus* et perdait désormais toute part à la communauté et tout droit à la succession (mise hors de pain), pourvu qu'il eût reçu, au moment de son émancipation, une certaine part des biens communs. (Beaumanoir, ch. XXI, *De compaignie*, § 20, 21. édit. Beugnot, t. I, p. 313.) Un domicile distinct, sans émancipation formelle, mettait aussi fin parfois à la puissance paternelle (*Id.*, *Les Coutumes de Bordeaux* (art. 2) *et de Bretagne* (art. 528, mettent comme condition que le fils soit âgé de vingt-cinq ans). Dans les *Cou-*

Les influences romaines ont eu une double tendance : fixer un terme précis à cette majorité de fait, retarder l'âge de cette majorité légale d'abord à vingt et un ans, puis plus tard à vingt-cinq ans (1). Quoique certaines coutumes connussent d'autres termes (2), la pratique avait fini par faire prévaloir la majorité parfaite de vingt-cinq ans (3).

Mais malgré qu'à la fin de l'ancien régime, la majorité dans tous les pays coutumiers (sauf en Poitou pour le fils non marié (4), emportât émancipation et que, même dans les pays de droit écrit, la puissance sur la personne ne se prolongeât pas non plus au delà de la majorité, il ne faut pas oublier cependant qu'on trouve encore en pays coutumier et même à Paris des traces très frappantes de la *patria potestas* romaine (5). Les communautés taisibles, si fréquentes

tumes de Reims (art. 7) *et de Sedan* (art. 6), le commerce séparé émancipe les enfants. Enfin les pays de droit écrit admettaient, d'après le droit de Justinien (L. 1, *Code,* VIII, 47) une émancipation tacite provenant d'une séparation prolongée (dix ans), pendant laquelle le fils s'était conduit en père de famille. (Julien, *Éléments de jurisprudence,* p. 111.) Le mariage, alors même qu'il n'entraînait pas de domicile distinct, finit aussi par emporter émancipation. (*Coutume du Bourbonnois,* ch. XXIII, art. 26; Paris, art. 239. — *Coutume du ressort du parlement de Guienne,* t. II, p. 107.) Dans les pays de droit écrit, la fille, par son mariage, sort de la puissance paternelle pour passer sous la puissance maritale. (*Arrestez de M. le P. P. de Lamoignon,* première part., p. 7. — Rapprocher *Coutume de Toulouse,* troisième part., tit. IV, art. 121 et la loi romaine des Wisigoths, livre XXII.) — Piron dans un de ses plus jolis contes, intitulé *Rosine*, place dans la bouche d'une jeune fille, que sa famille refuse de marier, le vœu suivant :

Puissance maritale, hélas!
Bientôt ne me viendrez-vous pas
Délivrer de la paternelle!

Dans les pays de droit écrit, cette règle ne s'appliquait que dans le ressort du parlement de Paris, Jean Faber, au quatorzième siècle, nous apprend que par la coutume de France l'épouse passait sous la puissance du mari sans cesser cependant d'être encore soumise à la puissance du père. (*Inst. de S. N. C. Tertulliano,* n° 2.)

(1) Voir notamment Simonnet, *Études sur l'ancien droit en Bourgogne*, p. 46, 78, 79.

(2) Voir M. Viollet. (*Précis*, p. 442, note 2.)

(3) *Arrestez de M. le P. P. de Lamoignon*, 1re part., p. 9 (1702.)

(4) Poitou, art. 310 à 318.

(5) Bretonnier, *Recueil des principales questions de droit,* Paris, 1773, p. 269. — Jean Desmares, *Décis.* 236 et 248, etc. Philippe de Valois en 1331, le roi

au moyen âge, ressuscitaient sur plus d'un point la *familia* antique. Ce n'est pas sans émotion que le 12 juin 1792, deux mois avant la loi fondamentale du 28 août qui décida pour toute la France que les majeurs, suivant le vœu de Lamoignon (1), cesseraient d'être soumis à la puissance paternelle, qu'on voit à Limoges un père émanciper son fils âgé de près de cinquante ans : ce fils, curé de Bazoches en Gâtinais, « se met à genoux, les mains jointes, et prie son père de l'émanciper, afin qu'il puisse traiter dans ses affaires comme une personne libre et indépendante. Le vieillard déclare consentir à ce que son fils soit désormais affranchi de l'autorité paternelle; en signe de laquelle émancipation, le père a relevé son fils et lui a disjoint les mains (2). »

De l'ancienne *patria potestas*, le pouvoir civil a, dans les trois derniers siècles de la monarchie, essayé de ressusciter un lambeau, en exigeant pour le mariage des enfants même majeurs le consentement du père (3). Le code civil a recueilli cette apparence de puissance paternelle (4); « singulière puissance, illimitée quant à la durée, absolument vaine quant à l'effet. » Les avantages de ce droit de contrôle et d'intimidation laissé au père ne compensent peut-être pas le scandale qui peut ré-

Jean en 1363, Philippe le Bel en 1404 émancipent leurs fils, quoique majeurs de quatorze ans, pour les rendre habiles.

Le grand *Coutumier* dit : « Un laiz ou don qui est fait à mon enfant étant en ma puissance vient à mon profit. » (Liv. II, ch. XL.) Voir l'*Histoire du droit* de M. Laferrière, t. VI, p. 315, 318 et suiv.

(1) *Arrestez de M. le P. P. de Lamoignon,* 1702, 1re part., p. 7; 2e part., p. 5.

(2) L. Guibert, *la Famille limousine,* p. 23, 24.

(3) Il y aurait tout un ouvrage à faire sur ce mouvement de la jurisprudence et de la doctrine, hostile au droit canonique et appuyé par la royauté. V. notamment les édits et ordonnances sur *les mariages clandestins et le rapt de séduction* de 1556, 1579, 1639, 1730, etc. — Notons cependant qu'il y a de nombreux arrêts qui permettent aux enfants de se marier malgré la résistance de leurs parents (Voir Basnage, *Coutume de Normandie,* 1778, p. 27, 28) et que, spécialement pour le ressort du parlement de Tournay, Louis XIV (Déclar. du 8 mars 1704) permit aux juges « de connaître de la justice ou de l'injustice des oppositions ou des refus des pères, mères, tuteurs ou curateurs de consentir aux mariages des mineurs. »

(4) Art 148, 151 à 154.

sulter des actes ironiquement appelés respectueux et « le mal moral que produisent constamment dans la pratique les exigences paperassières, issues de ce débris romain conservé dans nos codes », en mettant obstacle par trop de complications à la célébration d'unions légitimes (1).

Enfin, que dire de l'art. 376 du Code civil qui permet au père de jeter en prison son enfant par voie d'autorité et sans qu'en principe le président du tribunal puisse apprécier le bien fondé de sa réquisition, que dire des articles 348 à 353 du code pénal qui permettent à ce même père d'abandonner son enfant âgé de 7 ans sans tomber sous le coup de la loi pénale, si ce n'est que ce sont là des débris inavoués, de l'ancienne théorie qui attribuait au père tous les droits et ne lui reconnaissait aucun devoir?

(1) V. Lawrence, *Étude de législation comparée et de droit international sur le mariage*, p. 60, n. 1. — On pourrait tout au moins se contenter d'une seule sommation.

CHAPITRE III.

DE LA PROTECTION DES ENFANTS DANS LA FAMILLE ET EN DEHORS DE LA FAMILLE.

Après avoir montré la persistance des anciennes mœurs, il nous reste à résumer les innovations qui se sont produites dans la législation.

Nous avons vu qu'à partir des Carolingiens le *mundium* a revêtu entre les mains du roi le caractère d'un pouvoir protecteur souverain. Sauf pendant ses périodes d'éclipses passagères, la royauté tint à honneur de remplir ce rôle qui, en étendant la sphère de son intervention, lui fournissait des armes contre la puissance de l'Église et le pouvoir des seigneurs. « *Au roi appartient la garde des vefves et pupilles*, » telle fut la devise soigneusement maintenue par les légistes. C'est sous l'influence de cette doctrine qu'en 1560 la noblesse de Chateaulandon priait le roi d'attribuer à ses procureurs généraux et à leurs substituts la protection des veuves et des mineurs, prière qui devint aux États d'Orléans le vœu général de la noblesse et du clergé.

La royauté restait donc fidèle au rôle qu'on lui attribuait, aux principes qu'elle prétendait représenter en s'occupant tout spécialement de la protection des incapables, en particulier des enfants. De là, dans notre ancien droit, tout un

ensemble de mesures prises par l'autorité royale ou, à son exemple, par les pouvoirs locaux. Nous adopterons, pour les passer rapidement en revue, le même ordre que nous avons suivi pour le droit romain.

§ I. — De l'avortement et de l'infanticide.

Les lois barbares avaient fait un délit spécial (*encis*), puni de peines plus élevées, du meurtre d'une femme enceinte ou de l'enfant qu'elle portait. Les mêmes dispositions se retrouvent plus tard dans la coutume d'Anjou et dans le texte orléanais de Jostice et Plet (1). Quant à l'infanticide, la législation variait. « La coutume de Normandie, dit M. Viollet (2), ne prononce pas la peine capitale contre le père ou contre la mère, qui a tué son enfant : *quia filius de sanguine et visceribus exivit.* » C'est l'ancienne idée qui reparaît. En Anjou, on tient le milieu entre cette tolérance poussée à l'excès et la rigueur exagérée du dernier droit romain. Comme, d'une part, on répugnait à traiter avec cette sévérité la mère qui tuait son enfant et que, de l'autre, on n'osait pas inscrire dans la loi civile une peine trop douce, on usait d'un artifice très simple : on abandonnait à l'Église cette femme criminelle, à l'Église qui, pouvant atteindre le corps, mais non enlever la vie, ne prononcera pas contre elle la peine de mort et la punira des peines corporelles dont elle dispose. Mais « en cas de récidive, le jurisconsulte angevin soustrait la femme coupable à la juridiction ecclésiastique, et la justice laïque la condamne au feu. » Cette condamnation au feu est prononcée, en 1383, à Abbeville, contre une mère qui avait jeté son enfant « en l'iaue, à l'abruvoir du Pont aux poissons (3) ».

Plus tard, Henri II chercha à remédier au secret qui assure

(1) M. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, introd., p. 242.
(2) *Ibid.*, p. 249, 250.
(3) *Recueil des monuments inéd. de l'hist. du tiers-état*, t. IV, p. 201.

souvent l'impunité aux avortements et aux infanticides : en 1556, il fit un édit spécial sur les recélés de grossesse, avortemens, suppression, exposition, et supposition de part. Après avoir posé en principe que le roi très chrétien doit « pour conserver et garder ce tant céleste et excellent titre... faire initier les créatures que Dieu envoye sur terre... aux sacremens par lui ordonnés; et quand il lui plaît les rappeler à soi, leur procurer les autres sacremens pour ce institués, avec les derniers honneurs de la sépulture », l'Édit constate comme « un crime très énorme et exécrable, fréquent dans le royaume, que plusieurs femmes ayant conçu enfans, par moyens déshonnêtes ou autrement, persuadées par mauvais vouloir et conseil, et qui occultent et cachent leur grossesse, sans en rien découvrir et déclarer; et avenant le tems de leur part et délivrance de leur fruit, occultement s'en délivrent, puis les suffoquent, meurtrissent et autrement suppriment, sans leur avoir fait départir le saint sacrement de baptême : ce fait, les jettent en lieux secrets et immondes, ou enfossoient en terre profane, les privant par tel moyen de la sépulture coutumière des chrétiens : de quoi étant prévenues et accusées par devant nos juges, s'excusent, disant avoir eu honte de déclarer leur vice, et que leurs enfans sont sortis de leurs ventres morts et sans aucune espérance ou apparence de vie : tellement que par faute d'autres preuves, les juges sont tombés et entrés en diverses opinions : les uns concluant au supplice de mort, les autres à la question extraordinaire, afin de sçavoir ou entendre par leur bouche, si à la vérité le fruit issu de leur ventre étoit mort ou vif : après laquelle question endurée, pour n'avoir aucune chose confessée, leur sont le plus souvent les prisons ouvertes; ce qui a été et est cause de les faire retomber, récidiver et commettre tels et sembables délits. »

Pour « extirper et du tout faire cesser lesdits exécrables et énormes crimes, vices, iniquités et délits... et ôter les occa-

sions et racines d'iceux dorénavant commettre », l'édit déclare que toute fille ou femme convaincue d'avoir célé tant sa grossesse que son enfantement, et dont l'enfant se trouvera avoir été privé du baptême et de la sépulture publique, sera présumée avoir homicidé son enfant et punie de mort.

Théveneau observe sur cet édit que la loi, pour être complète, aurait dû comprendre les femmes qui prennent médicaments et breuvages pour s'en délivrer avant le temps. Mais de l'Averdy, dans son *Code pénal* (1), répond fort justement que « quoique cela n'y soit pas, il est évident que tel est l'esprit de la loi, puisque dans le crime d'avortement, il y a également recélé de grossesse, destruction du part et par conséquent homicide (2). » Certains auteurs, à l'imitation du droit ancien et du droit canonique, distinguaient entre le *fœtus animatus* et le *fœtus inanimatus*. « A l'égard des femmes ou filles, dit Lacombe (*Mat. crimin.*) qui se procurent l'avortement à elles-mêmes expressément avec des potions ou de quelque manière que ce soit, elles sont punissables de mort si leur fruit avait pris vie; sinon, elles doivent être condamnées au bannissement ou à quelque autre peine extraordinaire *citra mortem.* » D'après les précédents canoniques, on admettait l'animation du fœtus après le quarantième jour de la conception. L'Averdy cependant repousse la distinction précédente, « attendu la difficulté de connaître si le fœtus est animé ou non ».

En 1585, « afin que nulle femme, servante et chambrière, ou autre, ne pût prétendre cause d'ignorance de l'ordonnance ci-dessus », Henri III ordonna « à tous curés de publier et dénoncer au peuple le contenu de ladite ordonnance à leurs prônes des messes paroissiales, de trois mois en trois mois ».

(1) Troisième édit., Paris 1765, p. 224, en note.

(2) La peine de mort était également prononcée « contre tous Médecins, Chirurgiens, Apoticaires, Matrones, Gardes-Malades, et tous autres, tels qu'ils soient, qui provoquent l'avortement des filles ou des femmes ».

Mais quelques curés ayant, dans la suite. fait difficulté de publier cette ordonnance sous prétexte que par l'art. 32 de l'édit du mois d'avril 1695 concernant la juridiction ecclésiastique, Louis XIV avait ordonné que les curés ne seraient plus obligés de publier aux prônes ni pendant l'office divin, les actes de justice et autres qui regardaient l'intérêt particulier des sujets ou du roi, ce monarque, par la déclaration du 25 février 1708, registrée en parlement le 2 mars suivant, rappela aux curés qu'ils eussent à faire cette publication, « qui, dit-il, regarde non l'intérêt particulier de quelques-uns de nos sujets ou le nôtre, mais le bien temporel et spirituel de notre royaume, et que l'Église devrait nous demander, si elle n'était pas encore ordonnée, puisqu'elle tend à assurer non seulement la vie, mais le salut éternel de plusieurs enfans conçus dans le crime, qui périroient malheureusement sans avoir reçu le baptême, et que leurs mères sacrifieroient à un faux honneur, par un crime encore plus grand que celui qui leur a donné la vie, si elles n'étoient retenues par la connaissance de la rigueur de la loi, et si la crainte des châtimens ne faisoit en elles l'office de la nature ». Les curés et vicaires étaient tenus, sous peine de saisie de leur temporel, de faire ladite publication et d'en envoyer un certificat signé d'eux aux procureurs des bailliages et sénéchaussées. Le défaut de publication entraînait l'impunité du coupable.

La mort parut une pénalité excessive. Aussi un grand nombre d'arrêts vinrent interpréter, le plus souvent dans un sens restrictif (1), la généralité des termes des édits. Au dix-huitième siècle (2), il fallait, pour que la peine fût encourue, l'existence de ces trois conditions : 1° que la grossesse n'ait pas été déclarée par la fille; 2° que l'enfantement n'ait

(1) C'est ainsi qu'un arrêt du 16 décembre 1761 décida, sur les conclusions de l'avocat général Séguier, que le ministère public ne pourrait pas faire visiter une fille, simplement soupçonnée de grossesse, qui ne faisait point de déclaration.

(2) L'Averdy, *Code pénal*, p. CXL.

pas été déclaré non plus, et que des deux déclarations la fille n'ait point tiré un témoignage suffisant; 3° enfin que l'enfant soit mort et ait été privé tant de l'administration publique du baptême, que de la sépulture publique et accoutumée (1). Le plus souvent, les tribunaux prononçaient des peines arbitraires, variables selon les circonstances de chaque affaire.

Quant à la déclaration exigée par l'édit, les uns soutenaient qu'elle devait être faite devant notaire, d'autres devant le greffier de la justice du lieu où la fille était domiciliée; suivant quelques arrêts du parlement de Dijon, il aurait suffi de la révélation faite à des personnes honorables ou au confesseur. D'après la pratique du Parlement de Paris, on exigeait, en province, la déclaration au procureur du roi, à Paris à un commissaire qui l'inscrivait sur un registre spécial. Cette déclaration, reçue d'ailleurs sans frais, était tenue secrète et, d'après un arrêt du 28 mars 1637, le fonctionnaire qui la recevait ne pouvait pas exiger le nom de l'auteur de la grossesse (2). Cependant, en fait, la fille faisait le plus souvent, en déclarant sa grossesse, connaître sous la foi du serment le nom du père (3) : mention en était alors faite sur les registres.

§ 2. — Protection diverse des enfants.

Aussi, bien que l'ancien droit refusât au bâtard tout droit à la succession de son père, sa situation était en réalité, et par cela même, bien préférable à celle qu'il a aujourd'hui. La mère et l'enfant, ne pouvant rien prétendre à la succes-

(1) Arrêt du 2 juillet 1716 (aff. Marie Chevalier). — Denisart, v° *Grossesse*. — Papon, liv. XXII, tit. IV, ch. 2 et 3. — Brillon, *Dict. des arrêts*, v° Grossesse. — M. des Essarts, *Code pénal*, 1777, p. 235 à 238.

(2) Fournel, *Traité de la séduction*, 1781, troisième part., chap. I, § 2.

(3) Duval, *Cahiers de la Marche et assemblée du département de Guéret*, p. 118.

sion, ne menaçant pas par conséquent les intérêts de la famille légitime, avaient toute facilité pour la recherche de la paternité naturelle (1). Le serment de la fille enceinte suffisait même, sinon pour établir définitivement cette paternité, du moins pour faire condamner provisoirement le père présumé à une réparation pécuniaire qui assurât l'existence de la mère et de l'enfant. Tel était le sens de la maxime : *creditur virgini se prægnantem asserenti* (2).

Le père (3), et subsidiairement la mère (4) du bâtard

(1) Les bâtards pouvaient même porter le nom de leur père, malgré lui, quand la paternité était constante.

(2) Cette règle reçut des atténuations. « Comme il ne serait pas naturel d'absoudre un accusé qui a eu la prudence et le soin d'écarter les témoins, et que d'ailleurs un fait de la nature de celui qui donne lieu à la grossesse d'une fille n'est pas du nombre de ceux dont l'auteur puisse être aisément connu; qu'au contraire il se commet dans l'ombre du mystère et loin des regards curieux, la Jurisprudence a voulu qu'on regardât la déclaration de la fille comme une présomption, et que les preuves de liaison et de familiarité marquées, en formassent une autre. Ainsi la réunion de ces deux présomptions, c'est-à-dire de la déclaration de la fille et de la preuve de familiarités suffisantes pour faire présumer un commerce charnel, est regardée comme une preuve sur laquelle il est permis de se décider en pareil cas; mais l'une de ces présomptions serait seule insuffisante. » (Arrêts du Parlement de Normandie, des 15 avril 1723 et 22 décembre 1733.)

De plus « la déclaration d'une fille qui a eu un commerce charnel avec plusieurs hommes n'est pas regardée comme une présomption de la paternité de l'enfant dont elle est grosse.... quand même la cohabitation serait constante et prouvée, parce que la vie licencieuse d'une pareille fille laisse la paternité comme flottante entre ceux qui ont partagé ses débauches ». (Denisart.)

(3) Autrefois l'homme non marié qui avait engrossé une fille était condamné à mort, à moins qu'il n'aimât mieux l'épouser. Mais, comme dit Ferrière (*Pratique*, v° *Grossesse*), « l'ancienne jurisprudence qui condamnait un garçon qui avait fait un garçon à une fille à l'épouser ou à être pendu, avait de grands inconvénients, et faisait que beaucoup de filles, au lieu d'être en garde pour conserver leur honneur, cherchaient elles-mêmes les moyens de séduire les enfants de famille qui étaient à leur gré, par rapport à leurs personnes, à leur famille ou à leurs biens, afin d'en faire leurs maris. Elles avaient d'autant plus de facilité à s'abandonner à une vie licencieuse qu'elles regardaient un dérèglement bien ménagé et bien entendu, comme une voie sûre pour parvenir à un sacrement auquel toutes n'aspiraient que par des vues purement humaines. Comme cela troublait le repos des familles, et que les pères et mères étaient obligés de veiller à la conduite de leurs garçons, autant pour le moins qu'ils ont coutume de veiller à celle de leurs filles, on a fait sagement changer cet usage dont la plupart des filles abusaient. La pureté de notre religion ne permet pas que le sacrement de mariage soit la récompense du vice et de la prostitution ».

Pour ces raisons, l'homme qui avait engrossé une fille, même sous promesse

étaient tenus de lui fournir des aliments (1) jusqu'à ce qu'il fût en état de gagner sa vie (20 ans d'après un arrêt du 28 mai 1731); ils devaient de plus lui faire apprendre un métier ou lui donner un état convenable.

Si les père et mère naturels n'avaient pas assuré des aliments à leurs bâtards ou n'avaient pas pourvu à leur établissement, les bâtards pouvaient les y contraindre et pouvaient même y faire contraindre les héritiers de leurs père et mère.

Les bâtards suivant, conformément à la loi romaine, la condition de leur mère, leur éducation était en général déférée à celle-ci à l'exclusion du père. Cependant la règle sur ce point était de considérer l'intérêt de l'enfant et de confier son éducation à celui des père et mère en qui la justice avait le plus de confiance. Si elle n'avait de confiance ni dans l'un ni dans l'autre, elle pouvait décider que l'enfant serait mis dans un collège ou dans un couvent jusqu'à un certain âge (2).

Enfin les père et mère du bâtard étaient tenus, quand ils

de mariage, ne fut plus que condamné à payer à la mère des dommages et intérêts qui s'arbitraient selon les circonstances et la qualité des parties. On refusait généralement d'en accorder à une femme veuve, surtout si le prétendu séducteur était un mineur. Mais, même dans ce cas, le père était toujours assujetti à payer les frais de gésine, à se charger de l'enfant, à le nourrir et élever dans la religion catholique, apostolique et Romaine et à rapporter au ministère public des certificats de l'existence et de l'état de l'enfant tous les trois mois. — Une fille ayant poursuivi au bout de neuf ans un Procureur du roi, qu'elle accusait d'être l'auteur de sa grossesse, l'avocat général Séguier dit qu'il fallait distinguer l'intérêt de la mère de celui de l'enfant, que la mère paraissait avoir renoncé à l'exercice de son action, en différant pendant neuf ans de la diriger, mais qu'elle n'avait pu préjudicier à l'intérêt de l'enfant par son silence. L'arrêt du 26 juin 1762 débouta la mère de sa demande en dommages et intérêts, condamna le Procureur à se charger de l'enfant et profita de l'occasion pour lui enjoindre à l'avenir « de se conduire avec la décence convenable à la charge dont il avait l'honneur d'être revêtu ».

(4 *de la page précédente.*) On trouve des arrêts qui condamnent les père et mère des bâtards à contribuer chacun pour moitié à leur nourriture, entretien et éducation.

(1) Ces aliments se réglaient selon la qualité et l'état de fortune du père. (Basnage, *Coutume de Normandie*, 1778, t. II, p. 284.)

(2) Sentence du Châtelet du 27 juillet 1758. (Person, acteur de l'Opéra.)

en étaient requis, de le représenter ou de rapporter des certificats de son existence aux procureurs du roi et des seigneurs : précaution bien explicable, les pères naturels étant trop souvent des pères dénaturés (1).

Quant aux enfants en général, nous avons vu que les Carolingiens les avaient placés sous la protection spéciale des *missi dominici*, des comtes et des évêques. Cette tradition se perpétua à travers tout le moyen âge. Dès le treizième siècle, Beaumanoir reconnait aux juges le droit d'intervenir pour protéger les enfants dont les intérêts seraient menacés par le fait de leur père ou mère. Il énumère un certain nombre de cas dans lesquels les enfants pourront être soustraits au bail ou à la garde de leurs parents. L'intervention du juge s'exerce même avant tout fait répréhensible, à titre de mesure préventive; elle s'exerce dans une mesure assurément beaucoup plus large qu'on n'oserait le proposer aujourd'hui.

Voici, en effet, ce que nous lisons au chapitre XXI des *Coutumes de Beauvoisis :*

« Nous avons dit que le garde des enfans entre frances persones apartient au père ou à le mère, selonc nostre coustume, et c'est voirs. Neporquant, je voi plusors cas par les quix ou par aucun des quix le justice, à le requeste des parens as enfans, les doit oster de le garde et de le compaignie du pere ou de le mere, quant li enfant n'ont fors le pere ou le mere, et dirons aucun des cas.

« S'il avient que uns hons ou une feme ait ses enfants en

(1) Par une précaution du même genre, les *Établissements de saint Louis* (liv. I, ch. 117) et les *Assises de Jérusalem* décidaient qu'à défaut des père et mère de l'enfant, la garde du fief appartenait au plus proche parent dans la ligne d'où procédait le fief, mais que « cil qui ont le retor de la terre ne doivent pas avoir la garde des enfans, car soupçon est qu'ils ne vousissent plus la mort des enfans que la vie pour la terre qui leur escharrait »; c'eût été *quasi agnum lupo committere ad devorandum :* car, comme disait un vieux proverbe féodal :

Ne doit mie garder l'agnel
Qui en doit avoir la pel.

se garde ou aucuns autres enfans en son bail, et il tient, par reson de le garde ou du bail, grant heritage, li quix doit estre as enfans, et li amis as enfans de l'autre costé ou du costé meisme dont cil les apartient qui les a en bail ou en garde, se doutent qu'il ne les facent marier sans lor conseil : il poent requerre à le justice que li enfant soient osté de le main à celi qui les a en bail ou en garde, ou qu'il face bone seurté qu'il ne mariera nus des enfans sans lor conseil. Et s'il veut le seurté fere, on ne li pot les enfans oster par ceste voie; et s'il ne veut fere le seurté, on li doit oster les enfans et baillier à un des autres parens qui le seurté vaurra fere. Et si convenra que celi qui les penra en garde ait de celi qui les devoit tenir et qui ne vaut fere seurté, souffisamment por les enfans mainburnir et soustenir. Et porce que ceste coze n'a pas esté requise en moult de lix, a on bien veu fere de tix mariages à cex qui les avoient en bail ou en garde, qui n'estoient pas soufisant, ou par non sens ou par malvese convoitise de don ou de pramesse; et por ce fait il bon courre au devant de tix perix.

« Li secons cas par quoi on pot oster enfans de bail ou de garde à celi qui les tient, si est quant il ne livre pas soufisant soustenance as enfans, selonc lor estat et selonc ce qu'il en tient.

« Li tiers cas par lequel les enfans pueent estre osté hors de le compaignie dou bail ou de le garde à celui qui les tient, si est quant cil qui les tient, est heritiers d'avoir le droit as enfans se il morussent, et malvese renommée laboroit contre li, et quant on set qu'il a esté acusés de cas de crieme du quel il ne se delivra pas à s'onnor; car male coze seroit c'on laissast enfans à celi qui est mal renommés par son vilain fet.

« Li quars cas comment on puet oster enfans hors de la compaignie de bail ou de garde à celui qui les tient, si est quant li enfant n'ont fors pere ou mere, et li peres ou le

mere se marie, si que li enfant ont parrastre ou marrastre, et il est clere coze et aperte que li parrastres ou le marrastre mainent malvese vie as enfans ou qu'il lor monstre sanllant de hayne; en tel cas, li enfant doivent estre osté de lor main, hors du pooir au parrastre ou à le marrastre.

« Li quint cas, si est quant cil qui les tient est de si fol maintenement qu'il n'a en li ne conseil n'arréance, car à tix gens ne doit on laissier nule garde d'enfans.

« Et de toz tex cas que noz avons dit, il ne convient pas à cil qui porcachent que li enfant soient hors des mains à cix qui les tieneut, qu'il en facent plet ordené contre aux, ançois soufist s'il le denonchent au juge. Et li juge, de son office, doit apenre du cas qui li est dénonciés, et s'il trueve le cas par l'aprise, il les doit oster, si comme il est dit dessus; car on doit entendre que cil qui le denonchent le font por cause de bone foy, et apert, porce qu'il n'en metent riens en lor porfit. Et de toz ces cas doit avoir li quens le sengnorie et le connissance, se li home n'en oevrent entre lor sougès sans délai; car tout li cas qui sont por le sauveté des enfans sous aagiés, ne doivent point querre de délai, ains doit tantost courre li souvrains à aus aidier et garantir, si tost comme il voit que son sougès n'en a pas fet ce qu'il dut. »

Tout en montrant la persistance des anciennes idées dans les mœurs, nous avons noté cependant qu'à partir de dix-septième siècle l'intervention des tribunaux était admise en faveur des enfants (1). Cette intervention qui, comme nous venons de le voir, reposait sur une longue tradition, avait pour résultat d'assurer aux enfants l'exécution des obligations naturelles résultant de la paternité (2), de les protéger

(1) Voir les arrêts cités par nous en note pages 129 et suiv.

(2) Une sentence des Requêtes du Palais du 6 juillet 1735 avait jugé, il est vrai, que les enfants légitimes ayant père et mère vivants n'étaient pas reçus à leur demander des aliments; mais c'est parce qu'ils devaient les prendre en nature

contre les excès ou les abus de leurs parents et au besoin de les soustraire définitivement à leur pouvoir.

Il y avait enfin tout un ensemble de mesures ayant pour but spécial la protection (1) des nourrissons. « Si les enfants sont chers à leurs parents, disait Duchesne (*Code de la Police*, tit. IV, § 1), l'État n'est pas moins intéressé à leur conservation. » On fait remonter très haut (1350) la régle-

dans la maison paternelle et qu'il n'était pas naturel de leur faciliter les moyens d'aller vivre ailleurs dans l'indépendance. Les enfants, même exhérédés, avaient droit à des aliments. (Arrêt du 8 mars 1658.) La coutume de Bretagne décide même que les enfants en bas âge, sans père ni mère qui leur aient laissé de bien, seraient pourvus sur les biens de leurs prochains lignagers, c'est-à-dire de leurs plus proches collatéraux. « La nécessité de la vie fait la loi, dit Mesle (*Traité des minorités, tutelles et curatelles*, 1735, p. 191) et impose l'obligation aux plus prochains du sang, par le principe qui oblige suivant les coutumes et les ordonnances les plus prochains du lieu de concourir à éteindre l'incendie, ou à arrêter des gens qui se battent. » Lorsque la succession des père et mère était absorbée par les dettes, les créanciers devaient laisser aux enfants en bas âge de quoi les nourrir et élever jusqu'à ce qu'ils fussent en état de vivre de leur travail. Basnage, sur l'art. 384 de la *Coutume de Normandie*, dit que les pères sont obligés de donner une pension à leurs enfants même majeurs, lorsqu'ils n'ont aucun bien du côté de leur mère.

(1) En se plaçant au seul point de vue religieux, il faudrait ranger dans les mesures de protection en faveur de l'enfance la succession des lois royales ayant pour but de convertir de force les enfants de protestants. L'édit de 1669 laissait aux parents protestants leurs enfants jusqu'à l'âge de quatorze ans. Celui du 17 juin 1681 permit à ces enfants de se convertir dès sept ans et de retourner alors en la maison de leurs père et mère ou de se retirer ailleurs, en demandant une pension, que leurs parents seraient obligés de leur fournir. D'après l'art. 8 de la révocation de l'édit de Nantes (1685), l'art. 8 de la déclaration du 13 déc. 1698 et les art. 3 à 8 de la déclaration du 14 mai 1724, les parents protestants étaient obligés de faire baptiser leurs enfants dans les vingt-quatre heures de leur naissance, de les élever dans la religion catholique, de leur faire suivre les écoles créées à cet effet dans toutes les paroisses (les habitants étaient imposés d'office pour subvenir aux frais de ces écoles), de les représenter à toute réquisition des archevêques ou évêques, enfin de leur faire administrer, en cas de maladie grave, les sacrements religieux, le tout sous de très fortes amendes. Les sages-femmes et médecins étaient tenus de faire les dénonciations; et les curés, aussi bien que les officiers de justice, étaient chargés de veiller à l'exécution de ces mesures, contre lesquelles avait protesté par avance l'abbé de Bois-Aubry qui, faux États d'Orléans (1560), avait prononcé ces belles paroles : « De vouloir, en lait de conscience et de religion, user de force et d'autorité, cela n'a point de lieu, parce que la conscience est comme la palme, laquelle tant plus est pressée, tant plus elle résiste, et ne se laisse commander que par la raison et bonnes remontrances... C'est chose non seulement dure et étrange de vouloir forcer les personnes à suivre une religion, mais aussi impossible et inique. »

mentation des fonctions de *recommandaresses* ou intermédiaires obligées entre les nourrices qui venaient à Paris pour chercher un enfant et les parents : les lettres-patentes de février 1615, une sentence de la chambre criminelle du Châtelet (17 août 1685) ont trait à cette matière. Le service fut réorganisé par déclaration royale du 29 janvier 1715. Dans les quatre bureaux de *recommandaresses* établis à Paris il devait être tenu « un registre paraphé du lieutenant général de police, dont chaque article contiendrait le nom, l'âge, le pays et la paroisse de la nourrice, la profession de son mari, l'âge de l'enfant dont elle était accouchée, et s'il était vivant ou mort : le tout attesté par un certificat du curé de la paroisse de la nourrice, lequel attestait aussi les mœurs et la religion de ladite nourrice, si elle était veuve ou mariée, et si elle n'avait point d'autre nourrisson. » Défense était faite aux nourrices, sous peine du fouet et de 50 livres d'amende, d'avoir en même temps deux nourrissons. Elles étaient obligées « d'avertir les père et mère de l'enfant des empêchements qui ne leur permettraient plus d'en continuer la nourriture, et notamment en cas de grossesse, d'en donner avis au moins dans le deuxième mois. Défense aux dites nourrices de renvoyer leurs nourrissons sans ordre exprès des père et mère, même pour défaut de paiement. » Ces garanties prises contre les nourrices (1), il fallait leur donner à elles-mêmes des sûretés pour le recouvrement de leurs créances (2). Les pères et mères étaient condamnés par le lieutenant général de police au paiement des mois dus aux nourrices : les condamnations étaient prononcées sur le

(1) Une nourrice qui, par sa faute ou imprudence, avait suffoqué l'enfant qu'elle nourrissait fut condamnée à faire amende honorable, au fouet et au bannissement pour cinq ans, avec défense d'allaiter à l'avenir aucun enfant. (Carondas, *Pandectes*, liv. 7, rép. 116.)

(2) Un arrêt du 21 avril 1625 (*Journal des Audiences*, t. Ier) contraignit par corps une sage-femme à payer la nourrice d'un enfant, dont elle refusait de faire connaître les père et mère.

simple procès-verbal du commissaire et exécutées même par corps (1).

En 1769, les recommandaresses qui, bien qu'elles fussent les seules intermédiaires reconnues, n'avaient été jusque-là que des intermédiaires non responsables, sont remplacées par « un seul bureau général, qui par sa situation et son étendue puisse procurer des logements également sains et commodes pour les nourrices et pour les enfants ». Ce bureau est chargé « non seulement de faire aux nourrices les avances de leurs mois de nourritures, sauf leurs recours contre les pères et mères desdits enfants, mais même d'entretenir entre les nourrices et les dits pères et mères une correspondance continuelle qui les mette en état de concourir tous également à la sûreté des jours des enfants ».

Des agents étaient chargés d'effectuer la rentrée des mois de nourrice et de faire aux meneurs et aux nourrices l'avance de ce qui leur était dû. Des médecins s'assuraient de la santé des nourrices et des nourrissons; ils jugeaient des plaintes des parents, auxquels leurs enfants avaient été rendus malades et de celles des nourrices, prétendant avoir gagné des maladies contagieuses par le fait de l'allaitement. Enfin des inspecteurs allaient visiter les enfants dans les campagnes : ils furent dans la suite remplacés par des surveillants domiciliés dans les cantons où les enfants étaient en nourrice. On choisissait des chirurgiens, en leur confiant une région s'étendant à sept ou huit lieues autour de leur résidence. Ils devaient visiter les enfants tous les trois mois et envoyer des rapports, veiller à ce que les nourrices eussent un berceau et un garde-feu, « fût-il en bois », etc.

(1) Déclaration du 1er mars 1727 spéciale aux meneurs et meneuses; édit de juillet 1729 spécial aux recommandaresses; ordonnances ou sentences de police des 13 février 1740, 23 juin et 15 juillet 1747, 9 mai 1749, 25 mai 1753, 17 janvier 1757, 17 décembre 1762. — Arrêt du Parlement du 19 juin 1737.

Des sociétés charitables se fondèrent pour tirer de prison les pères de famille arrêtés pour non-paiement des mois de nourrices.

Ajoutons, pour terminer ce chapitre, que les mendiants ou vagabonds qui enlevaient des enfants étaient punis de mort quand ils les mutilaient afin d'en faire des objets de compassion, et des galères quand il n'y avait pas eu mutilation (1). La peine de mort était également prononcée contre ceux qui auraient enlevé des enfants pour les vendre aux infidèles (2) et les réduire ainsi en esclavage : les juifs, qui enlevaient des enfants chrétiens pour les faire périr, étaient brûlés vifs (3); la persécution dont ils étaient victimes s'exerçait sous le couvert de cette accusation le plus souvent imaginaire.

§ 3. — De l'exposition et des enfants trouvés.

I.

En principe, l'exposition, d'ailleurs universellement pratiquée, rentrait dans les prohibitions précédentes, et l'on trouve en effet des arrêts prononçant contre les coupables la peine du fouet, l'amende honorable, le bannissement, en faisant la distinction entre l'abandon dans une église, une place publique, devant la porte d'une maison religieuse ou d'un hôtel et l'exposition dans un lieu isolé (4). Toutefois, en face de cette tradition qui fut surtout en vigueur au moment des édits de Henri II et de Henri III, on trouve, surtout au dix-huitième siècle, la trace d'une autre théorie, d'après laquelle

(1) Brunnau, *Observ. crimin.*, part. II, tit. 29.

(2) Jacques Cœur, argentier de Charles VII, fut condamné à mort sous l'inculpation d'avoir notamment vendu et livré des enfants aux Sarrasins.

(3) Arrêt du parlement de Metz du 16 janvier 1670.

(4) La peine est arbitraire et est laissée à l'appréciation du juge. — V. Bouchel, v° *Exposez*. Arrêt du 24 octobre 1576; — Fournel, *Traité de la séduction*, troisième part., ch. III; — Des Essarts, *Code pénal*, tit. XXIX in fine. — La Combe, v° *Exposé*, cite un arrêt du 6 juin 1739, rendu sur les conclusions de d'Aguesseau, par lequel un particulier convaincu d'exposition d'enfant dans une allée fut simplement condamné à payer 100 livres d'aumône au profit de l'hôpital des enfants trouvés. Ces réparations pécuniaires remplacèrent partout les anciennes peines corporelles.

l'exposition était tolérée, les enfants devant être recueillis par qui de droit (1).

I. Nous avons vu que Justinien avait mis à la charge des paroisses les enfants trouvés. Les églises continuèrent à appliquer à leur entretien une partie des aumônes des fidèles. Mais, sauf le cas où elles avaient leur source dans un titre de fondation, ces libéralités étaient en quelque sorte facultatives (2). D'ailleurs le manque de ressources forçait le plus souvent, comme nous l'avons vu, les églises à se décharger de cet entretien par une vente en bonne forme.

Quand on essaya d'établir une organisation plus régulière, on songea à mettre les dépenses de ce service à ceux qui avaient

(1) Nous lisons dans l'*Histoire de la fondation des hôpitaux du Saint-Esprit et de Notre-Dame de la Charité de Dijon* (1649, p. 44) que si on n'emploie pas la rigueur des lois contre les mères qui exposaient leurs enfants, « c'est vraysemblablement pour éviter un plus grand mal et de peur que ces Médées en lubricité ne deviennent encore des meurtrières de leur fruit, comme trop souvent il arrive. »

« On sévissait *autrefois*, dit l'Averdy (*Code pénal*, p. 228), contre ceux qui commettaient le crime de l'exposition de part, par la raison qu'il renferme une espèce d'homicide, attendu le danger de mourir de faim que court l'enfant exposé: *mais on ne le poursuit plus aujourd'hui;* et les hauts justiciers sont tenus d'avoir soin des enfants exposés dans leur haute justice, et qui ne sont réclamés par personne. »

Denisart, v° *Enfans,* proteste contre cette impunité.

(2) Un arrêt des grands jours de Poitiers du 15 septembre 1579, en condamnant des religieuses à nourrir un enfant trouvé devant leur porte, avait ordonné que les monastères et chapitres ecclésiastiques contribueraient à la nourriture de l'enfant.

On voit souvent d'ailleurs des enfants trouvés recueillis par des chanoines et élevés dans les paroisses comme enfants de chœur. C'est de l'un d'eux que Gresset, dans son joli conte du *Lutrin vivant,* disait :

Ces jouvenceaux ont leur gîte ordinaire
Chez dame Barbe; elle leur sert de mère
Et de soutien; le public est leur père.
. . . .
Barbe le voit, s'attendrit : mais que faire?
Elle était pauvre, et l'étoffe était chère;
D'une autre part, le chapitre était gueux;
Et puis d'ailleurs, le petit malheureux,
Ouvrage né d'un auteur anonyme,
Ne connaissant parents ni légitime,
N'avait en tout dans ce stérile lieu
Pour se chauffer que la grâce de Dieu.

Ce que dit Gresset de la gueuserie de certains chapitres était parfaitement exact.

le pouvoir sur les terres (1). Les seigneurs jouissaient en général des droits d'épaves, de possession du trésor trouvé, de déshérence et de bâtardise. En vertu des maximes : *Ubi emolumentum, ibi onus*, et : *Par esse debet ratio commodi et incommodi* (2), les seigneurs se virent chargés de l'entretien des enfants trouvés dans l'étendue de leur justice, ces enfants constituant pour eux une sorte d'épave onéreuse (3).

Cet usage, contre lequel protestaient naturellement les seigneurs, fut confirmé par plusieurs arrêts, notamment par un arrêt du Parlement de Paris du 13 août 1552, rendu sur la contestation suivante : Le chapitre de Notre-Dame s'occupait de ces malheureux enfants (4), mais était-ce en qualité de seigneur haut-justicier, ou en vertu d'un titre de fondation, ce qui aurait affranchi les autres seigneurs justiciers de toute contribution. Ceux-ci le prétendaient, mais virent leur prétention repoussée. Ils furent condamnés conjointement, jusqu'à concurrence de 960 livres par an, à participer proportionnellement à la dépense nécessitée par l'entretien, la subsistance et l'éducation des enfants trouvés dans l'étendue de la ville et des faubourgs de Paris.

Dans toutes les villes où il y avait des hôpitaux ayant des revenus suffisants, les seigneurs essayèrent de faire retomber

(1) « Le fait de l'exposition des enfants, dit M. l'avocat général de Saint-Fargeau, est un fait de police; c'est un trouble de l'ordre public; c'est au seigneur à y pourvoir. Et en lui réservant son recours contre tous ceux que peut concerner la charge de la nourriture et de l'entretien des enfants exposés, il paraît indispensable de l'obliger d'en avancer les frais. »

(2) Les seigneurs qui ne jouissaient pas des droits de déshérence et de bâtardise étaient par contre dispensés de la charge des trouvés.

(3) Bacquet, *Des droits de justice*, ch. XXXIII. De Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, ch. III. De Livonière, *Traité des fiefs*, liv. VI.

(4) Les lettres patentes de Charles VII, du 4 août 1445, confirmatives de la formation de la confrairie du Saint-Esprit en Grève portent que : « ja soit ce que de tout ancienneté cen ait accoutumé pour les dits enfans ainsi trouvés et inconnus, quêter en l'église de Paris, en certain lit étant à l'entrée de la dite église, par certaines personnes, qui des aumônes et charités qu'ils en reçoivent, ils les ont accoutumé gouverner et nourrir, en criant publiquement aux passants par devant le lieu où iceux enfants sont, ces mots : faites bien à ces pauvres enfans trouvés. »

sur eux la charge des trouvés. Souvent une transaction intervenait : l'établissement se chargeait des enfants et le seigneur payait une redevance (1). Ailleurs le seigneur faisait adjuger au rabais la nourriture des enfants (2).

II. Dans certains pays, en Dauphiné par exemple, les seigneurs ne jouissaient pas des droits ci-dessus mentionnés : ils n'avaient donc pas la charge des enfants (3). Les villes restaient alors chargées de leur entretien (4) : elles procédaient souvent, elles aussi, par voie d'abonnement avec les hôpitaux existants.

Par exception, en Provence, les seigneurs, qui possédaient les droits de déshérence et de bâtardise, s'étaient déchargés de cette dépense sur les communautés d'habitants. « Sur quoi peut être fondée une exemption si favorable pour eux et si onéreuse aux communautés, inconnue dans les autres provinces? disent dans un mémoire célèbre les recteurs de l'hôpital général de la ville d'Aix (5). Elle ne l'est ni sur le droit romain qui forme le droit commun du pays, on n'y trouve aucun texte qui impose aux communautés une semblable charge; ni sur notre droit statutaire, il ne dispose point sur cette matière; ni sur des titres ou privilèges particuliers qui dérogent à la loi générale, ils ne fussent pas demeurés in-

(1) Merlet, *Archives maison de Dieu de Chateaudun*, introd., p. xxxviii, etc. — Un arrêt d'Angers du 22 avril 1599 ordonnait que les habitants fourniraient les deux tiers de la nourriture de l'enfant exposé et le seigneur l'autre tiers.

(2) Ainsi décidé par un arrêt de la Tournelle du 19 juillet 1561. (Carondas, *Pand.*, Liv. II, ch. VII. — Un arrêt du parlement de Paris du 4 mars 1585 et deux arrêts du sénat de Piémont des 21 janvier 1570 et 20 février 1579 décidaient qu'à défaut d'hôpitaux destinés à la réception et nourriture des enfants trouvés, ceux-ci seraient nourris par le curé de l'Église et les ecclésiastiques qui percevaient les dîmes du territoire et, s'ils n'avaient moyens suffisants, par le seigneur et la communauté du lieu. (Choppin, liv. II, *De moribus Parisi.*, tit. 7.)

(3) Ainsi jugé par plusieurs arrêts.

(4) Lorsque le domicile de la mère est connu et certain, c'est la communauté du domicile, et non du lieu de l'exposition, qui est tenue. (Arrêts du parlement de Provence des 11 mai 1662 et 7 mai 1666, et du conseil d'Artois du 12 octobre 1775.)

(5) *Mémoire sur les enfants trouvés*, etc., p. 170 et 171 (Aix, 1780).

connus jusqu'à présent et on n'en trouve aucune trace. »

Et en réponse à l'art. 73 de l'Ordonnance de Moulins, portant que chaque communauté nourrirait ses pauvres, les recteurs disaient : « Inutilement opposoit-on que la cité doit nourrir l'enfant trouvé, sous prétexte qu'il naît pour elle. Le seigneur n'est pas moins membre de la cité que ses vassaux; il serait même plus vrai de dire que l'enfant trouvé naît pour lui, puisqu'il lui succède, puisque son travail augmente le produit de ses directes, de ses tasques, sa consommation celui de ses banalités, etc. » Ils font ressortir enfin l'injustice qu'il y a à exempter les ordres du clergé et de la noblesse d'une imposition qui ainsi pèse uniquement sur le tiers-état.

La même anomalie existait en Bretagne, mais elle reposait au moins sur un texte précis. Les *Coutumes générales* s'exprimaient ainsi (1). « Tous enfans doivent être pourveuz sur les biens du père ou de la mère au cas qu'ils n'ont sens, ne sçavoir pourvoir à leurs nécessitez ; et au cas qu'ils n'auroient rien, Justice les doit faire pourveoir sur les biens de leurs prochains lignagers. Et si l'on ne sçavoit sur qui faire pourveoir les enfants comme s'ils avoient esté jettez ou exposez, les gens de la paroisse où ils sont trouvez leur doivent faire pourveance par les thésauriers et fabricqueurs d'icelle, et y doivent estre contraints par Justice. »

Les trésoriers en charge faisaient marché avec une nourrice pour la nourriture et l'entretien de l'enfant trouvé, sauf à faire plus tard approuver ce marché par le *général* (2) et à se pourveoir ensuite à la cour pour faire une levée et un *égail* ou répartition sur chaque contribuable de la somme ainsi dépensée (3).

(1) Art. DVI et DVII de la rédaction de 1539, et DXXXII et DXXXIII de la rédaction de 1580.

(2) Le *général* était composé de douze anciens trésoriers dont les comptes avaient été rendus, des deux trésoriers en exercice et, en plus, du recteur et des juges de la juridiction.

(3) *Introd. au gouvernement des paroisses suiv. la jurisprud. du parlement de Bretagne*, par Potier de la Germondaye, 1777, part. III, sect. V.

Dans le nord de la France et dans les Flandres, les orphelins étaient également placés sous la garde du corps municipal, qui leur nomme des « advoez et tuteurs » spéciaux (1).

A Metz, « il est enjoint d'envoyer aux escolles pour y apprendre leur créance, lire et escrire s'ils y sont trouvez propres, tous pauvres jeunes enfants, masles ou femelles, orphelins ou autres. Lorsqu'ils seront venus en quelque aage de discrétion pour choisir quelque mestier et vocation pour gaigner leur vie, seront mis ès maisons de quelques maistres ou maistresses pour être enseignez au mestier que ils voudront choisir (2) ».

Une charte de 1343, destinée à terminer une contestation survenue entre « le maieur et esquevins et le ville d'Amiens d'une part et les maistres, frérez et serveurs de l'ostelerie d'Amiens d'autre part », contient l'accord suivant : toutes les fois que des enfants abandonnés seront recueillis à Amiens, le maire et les échevins les enverront par leurs sergents à l'hôtel-Dieu pour y être nourris, à moins que les administrateurs n'aiment mieux, comme cela se pratiquait jadis, les faire élever au dehors, « pourvu qu'ils soyent nourrys souffisamment ». En échange l'échevinage prend l'engagement de donner à l'hôpital les « courtoisies et amosnes, sur le même pied que par le passé (3) ».

Plusieurs textes ont soin de noter que les villes ne sont tenues que subsidiairement et à défaut des parents (4) : elles

(1) *Coutume de Saint-Omer*, art. IX à XI. (Valenciennes, Mons, etc.) — Suivant « li usages de la cité d'Amiens (art. 66), li enfant qui sont orphelins de père et de mère sont à le ville, à conseillier et au maieur et as eskiévins. » — Sur les gard'orphènes de Lille, voir *Bulletin de la Société de protect. des apprentis*, 1876, t. IX, p. 149 à 155.

(2) Ordonn. de police de 1562 (art. XXII, XXIII). — Bourdot de Richebourg, *Nouv. coutum. génér.*, t. II, p. 394.

(3) *Recueil des Monuments inéd. du tiers état*, t. I, p. 499-502.

(4) Dans le passage que nous avons cité plus haut, M. l'avocat général de Saint-Fargeau, tout en chargeant le seigneur du soin provisoire de pourvoir, vu l'urgence, à la sûreté et à la subsistance des enfants exposés, lui ménage cependant

avaient donc un intérêt évident à retrouver l'origine des enfants. « On procédait à la constatation, dit M. Desnoyers (1), par proclamation et cri public en promenant l'enfant dans les rues et carrefours; on encourageait cette constatation par des récompenses accordées à ceux qui faisaient connaître les parents des enfants délaissés. » On faisait alors reconduire les enfants dans leur ville natale, pour les rendre à leur famille.

Quand les recherches n'avaient pas abouti, l'enfant restait définitivement à la charge de la ville : il était baptisé, puis confié à des nourrices ou gardes, le plus souvent à la campagne. La ville payait une pension, dont le prix était très variable, et fournissait de plus les berceaux, literie, couches, langes, etc. Quelques-uns de ces enfants devaient être envoyés aux escolles, apprendre un métier. La municipalité supportait les frais de maladie et d'enterrement.

L'âge jusqu'auquel les enfants exposés devaient être nourris soit par les seigneurs soit par les communautés n'était soumis à aucune règle. Brillon (v° *Exposé*) donne l'âge de sept ans; un arrêt du conseil d'Artois du 12 octobre 1775 fixe le terme de seize ans.

III. A part les cas de fondations ou de conventions spéciales, les hôpitaux, en principe, ne recevaient pas les enfants trouvés. *Pueri inventi non recipientur in domo nostra*, disent les statuts de l'hôtel-Dieu-le-Comte, de Troyes (art. LXXXIX). *Quos si reciperemus, tanta afflueret copia puerorum quod ad hoc non sufficerent bona domus; et quod ad nos non pertinet, sed ad parrochiales ecclesias.*

Les lettres patentes de 1362 et 1445 confirment que l'hôpital du Saint-Esprit en Grève ne recevait que les « enfans approuvés estre nés en loyal mariage et non autres. » Sans cela, « si les revenus dudit hospital étaient employés à nourrir et

une série de recours contre les pères et mères, la famille, la communauté du lieu ou la paroisse.

(1) *Bulletin du comité historique*, t. III.

gouverner les dits enfants bastards, illégitimes, dont pourroit advenir qu'il y en auroit si grande quantité, parce que moult de gens s'abandonneroient et feroient moins de difficultez de eulx abandonner à pescher quand ils verroient que tels bastards seroient nourris davantage (1). »

Cependant, dans tous les hôpitaux, il y avait une exception pour les enfants nés hors mariage, dont la mère mourait dans l'établissement. « Se la mère muert en la meson Dieu, ses enfes sera norriz des biens de la meson Dieu, meesmement s'il n'a point de père, » portent les constitutions de l'hôpital de Vernon (2).

En 1536, François I[er] crée les ***Enfants rouges***, destinés à recevoir les orphelins de parents étrangers décédés dans la capitale.

Un grand nombre d'établissements hospitaliers finirent par se relâcher de la rigueur première de leurs règlements (3). A Lyon notamment, les enfants trouvés étaient reçus à l'hôtel-Dieu, et, sitôt qu'ils pouvaient s'habiller seuls, étaient versés à l'Aumône générale (4). Il est à remarquer qu'alors que l'adoption n'était pas admise par notre ancien droit, la Charité ou Aumône générale adoptait, au sens technique et juridique du mot, ses orphelins : les recteurs exerçaient sur les enfants la puissance paternelle. L'établissement jouissait de l'usufruit

(1) « Seconde cause de la fondation est pour nourrir pouvres enfans orphelins et orphelines qui n'ont père ne mère, ne aultres amyz charneulx ou aultres qui soient tenuz à leur nourriture, non pour les trouvez que par les églises ou paroisses ou par les rues de la dicte ville sont gectez ou delaissez. Car iceulx trouvez estoient et sont secouruz aulcunement par les paroisses, églises ou rues où ils sont trouvez. » M. S. Bibl. Nat. (Fonds franç., n° 11,778.)

(2) De Bouis, p. 569. — Guignard, *Hôtel-Dieu de Troyes*, p. 24, règlem. lat., art. LXXXVII : « *Etsi aliquis puer sub ætatem annorum (?) in domo nostra remanserit sine parente, usque ad decem annos nutriantur, et si profuerit de bonis domus maritetur.* »

(3) Voir M. Léon Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés*, p. 122 et 123.

(4) Devant la fréquence des abandons, les recteurs durent en 1593 requérir l'exécution d'une sentence obtenue par eux et portant des peines contre les personnes qui exposeraient des nouveau-nés à la porte de l'hôpital. (Dagier, *Hist. de l'hôpital général, grand Hôtel-Dieu de Lyon*, t. I, p. 150 à 160.)

des biens des orphelins, aussi longtemps qu'il en avait la garde, il recueillait aussi leurs successions (1).

Enfin, depuis la fin du douzième siècle, l'Ordre du Saint-Esprit fondé par Guy de Montpellier avait pour objet spécial le soulagement des pauvres et l'assistance des enfants délaissés. Les frères du Saint-Esprit fondèrent en France un grand nombre d'hôpitaux sur la demande le plus souvent ou avec le concours des seigneurs (2) et des municipalités. Ces hôpitaux étaient ouverts indistinctement aux enfants d'indigents, aux orphelins et aux enfants trouvés dans la ville ou exposés devant les églises ou les hôpitaux (3).

Le règlement de l'hôpital de Dijon (4) nous fournit des renseignements qui nous donnent une idée générale de la situation des enfants reçus par les hôpitaux du Saint-Esprit. Nous extrayons des instructions adressées aux « trois religieuses qui ont charge de la nourricerie », les passages suivants :

« Quand donc un enfant aura esté trouvé soit dans la fenestre ou autre part, ou qu'enfin il aura esté envoyé à l'hospital par l'ordre qui a esté dit (5), elles le mettront entre les mains d'une nourrice après néantmoins avoir reconnu s'il est net.....

« Au regard des trouvés elles doivent tascher doucement de descouvrir d'où ils peuvent avoir esté apportés et par qui; et si elles en descouvrent quelque chose (le tenant secret à

(1) Henrys, *Œuvres*, t. III.

(2) Il était de jurisprudence que, du moment qu'un seigneur justicier avait fondé et assuré l'avenir d'une maison recevant les *trouvés*, il se voyait dégagé de ses obligations envers eux.

(3) « Aucuns sont envoyés, ou par délibération de la chambre des pauvres ou par billets de M. le maire, pauvres orphelins, qui n'ont ny père ny mère en vie, au moins qui les puissent nourrir. Les autres sont trouvés exposés, ou dans le tour et la fenestre de l'hôpital ou par la ville, petites créatures que de mauvaises mères, comparables en cruauté aux corbeaux, ont abandonnées à la mercy d'une charité estrangère. » (*Règlem. de l'hôpital de Dijon*, p. 44.)

(4) *Histoire de la fondat. des hôpitaux du Saint-Esprit et de Notre-Dame de la Charité de Dijon*, 1649.

(5) Il s'agit ici des orphelins envoyés par le maire.

tout autre), le déclarer en particulier à MM. les intendants, pour les faire prendre aux mères si elles ont de quoy; ou les obliger à les venir nourrir si elles sont pauvres; et afin de convenir ceux qui les auroient exposés pour l'indemnité de l'hospital..... S'il conste que ces enfans ne soient pas baptisés, il les faut baptiser.....

« Elles tiendront la main que dans un livre soient escrits les noms de tous les enfans, avec le lieu, jour, heure, mois et année qu'ils auront esté trouvés ou envoyés et baptisés; et l'aage que probablement ils peuvent avoir; et si aucun billet ou marque s'est rencontrée sur eux, en registrer la teneur..... Auparavant que d'employer les nourrices, elles les feront visiter par l'un des chirurgiens qui seront en service, pour reconnaître si elles sont nettes et si elles ont suffisamment du laict. Que si, après avoir été reconnues nettes, elles venoient à prendre mal en alaittant quelque enfant de l'hospital (1), on les doit faire traitter et guérir aux frais de l'hospital mesme.

« Qu'elles veillent à ce que les nourrices ayent le soin qu'il faut des enfans qui leur sont commis..... Elles ne leur permettront pas de donner du lait à d'autres enfans, soit dedans ou dehors l'hospital qu'à ceux de l'hospital même.....

« Quand les dits enfans auront esté sevrés de la mammelle, elles auront soin de leur bailler à manger, les habiller, les tenir nettement, et quand ils seront grandets, de leur donner telle impression de vertu et de piété que leur petit aage pourra permettre, les faisants prier Dieu matin et soir tous ensemble.

« Lorsqu'ils seront en l'aage de six à sept ans, ils seront renvoyés au département des enfermés sous la charge de l'ecclésiastique qui en a le soin. »

(1) L'Académie de médecine a, dans une de ses récentes délibérations, émis le vœu que les nourrices fussent garanties contre la contamination provenant du fait de leurs nourrissons.

A l'hôpital du Saint-Esprit de Marseille, chaque nourrice avait son compte à part, sur lequel on mentionnait son nom et sa demeure, le nom et le sexe du nouveau-né, le jour où il était remis, enfin toutes les circonstances jugées utiles pour la bonne administration de l'établissement et la sauvegarde du petit abandonné. Mal soigné, l'enfant était retiré et confié à une autre femme.

A leur sortie des hôpitaux, les enfants étaient placés par les soins des recteurs : les paroisses, les municipalités, les seigneurs leur venaient en aide.

En résumé, si nous embrassons du regard les anciennes institutions de la France du nord et du midi, si nous combinons par la pensée tous les efforts tentés par les paroisses, les municipalités et les établissements hospitaliers, nous trouvons déjà, avec le témoignage évident de la sollicitude publique pour les pauvres petits abandonnés, le germe des dispositions actuellement en vigueur.

Saint Vincent-de-Paul allait, en soulevant en faveur de ces infortunés un admirable élan de charité, leur procurer de nouvelles ressources et leur ouvrir de nouveaux refuges.

II (1).

Le chapitre de Notre-Dame, nous l'avons vu, s'occupait, comme toutes les paroisses en général, des enfants trouvés.

(1) Nous nous sommes surtout servi pour ce chapitre des nombreux documents, la plupart inédits, réunis par M. L. Lallemand, dans son *Histoire de la maison de la Couche*. (1 vol. in-8°, Paris, H. Champion.)

Il y avait d'ailleurs, en dehors de cette maison et de l'hôpital général (dans lequel s'étaient fondus le Saint-Esprit en Grève et les Enfants-Rouges), d'autres asiles particuliers recueillant les orphelins et les enfants pauvres : l'hôpital de la Trinité (Carondas, *Pand.*, liv. II, ch. VII. — Félibien, *Hist. de Paris*, t. III. p. 629), la maison Beaujon (1784), l'asile de l'Enfant-Jésus (Hurtaut et Magny. *Dict. de Paris*, t. III, p. 233), la maison des orphelins de la Mère de Dieu (1648, lettres patentes de 1678), l'hôpital de la Miséricorde ou des *cent filles* (Félibien, IV, p. 66. — Hurtaut et Magny, III, p. 235), etc.

L'arrêt du 11 août 1552 avait obligé les seigneurs justiciers à payer de ce chef une redevance à l'hôtel-Dieu de la Trinité, à charge pour cet établissement de commettre une femme pour recevoir les enfants exposés. Cette femme, établie dans les maisons du port Saint-Landry, devait recevoir les enfants exposés tant à l'église Notre-Dame que dans les rues de Paris (1). Ceux-ci étaient fort mal soignés : les servantes leur donnaient des narcotiques pour les faire dormir et avoir la paix, et les vendaient, même moyennant vingt sols, à des mendiants, des bateleurs, à des gens qui les faisaient servir à des opérations magiques (2), etc.

Saint Vincent-de-Paul, pris d'ardente pitié, fit en faveur de ces infortunés d'admirables plaidoyers. Toutes les nobles dames souscrivirent à son éloquent appel. Une maison fut louée en 1638 et placée sous la direction des Filles de la Charité. Grâce aux subventions royales, à la générosité persévérante des dames fondatrices, et à la contribution des seigneurs haut-justiciers condamnés par le Parlement (3 mars et 3 sept. 1667, 23 juin 1668) à payer annuellement 15,000 livres, la maison de la Couche, un instant menacée, fut définitivement fondée. Cette œuvre, dont l'administration avait été tout d'abord laissée à l'initiative privée, fut fondue en 1670 dans le vaste rouage de l'hôpital général, créé par Louis XIV (3) en 1656.

(1) La levée se faisait par le commissaire du quartier, ou si celui-ci s'y refusait « craignant la dérision et soupçon l'enfant estre de son fait », par la dame des enfants trouvés qu'on envoyait chercher. (Édit de 1671.)

(2) Lettres patentes de juillet 1642.

(3) Il était de tradition que les Rois avaient dans la direction des hôpitaux du royaume un pouvoir souverain. Ils pouvaient les établir, les supprimer, les réunir, les transférer, en confier « l'administration à différentes sortes de personnes, selon les circonstances », etc. (Denisart, v° *Hôpitaux.*) Ils ne se gênaient pas pour laïciser, eux aussi, et non contents de frapper leurs victimes, ils les insultaient. Nous lisons en effet dans Filleau, bien connu pour son zèle religieux et son ardeur contre les hérétiques (part. 1re, tit. I, n° 18) : « Anciennement les hôpitaux étaient régis et gouvernés par des ecclésiastiques... Toutefois, *comme nos Rois ont remarqué une trop grande avarice se glisser entre les ecclésiastiques, et qu'ils appliquaient le bien des pauvres plutôt à leur profit*

L'asile des enfants trouvés puisait ses principaux revenus dans les subventions royales (1), dans des concessions de droits d'octroi (2) et de loteries (3), dans l'annexion d'œuvres déjà existantes (4), dans des dons et legs (5), enfin dans des quêtes (6) et dans les produits de propriétés foncières (7). Toujours à bout de ressources, l'établissement alla jusqu'à louer ses enfants pour figurer dans les enterrements (8). Malgré cela, l'hôpital général était obligé de prendre une part de la dépense, en recevant les enfants au retour des placements

particulier qu'à la nourriture des pauvres, pourquoi ils avaient été institués et dotés, ils (nos Rois) leur en ont ôté l'administration et gouvernement, et ont ordonné qu'ils seraient à l'avenir régis et gouvernés, et les revenus d'iceux administrés par gens Laïcs, bien resséants et solvables, deux au moins; lesquels seraient élus par les maires, échevins et consuls des villes, et commis de trois en trois ans, à la charge d'en rendre compte d'an en an, délaissant seulement une pension aux titulaires pour leur vivre et vestiaire. » (V. Ordonnances de 1543 et 1561, art. 65 de l'Ordonnance de Blois et Édit de 1612.)

(1) Le roi ayant, par un édit de février 1674, réuni à la justice royale des Châtelets toutes les hautes-justices de Paris, se chargea en revanche de l'acquittement des sommes dues de ce chef par les seigneurs.

(2) Arrêt du conseil du 7 juin 1695, ordonnance du 26 juillet 1771, etc.

(3) Code de l'hôp. gén., p. 319.

(4) Confrérie de la Passion et de la Résurrection de N. S. (arrêt du 14 avril 1676); hôpital des Enfants-Rouges (déclaration du 20 mai 1680); hôpital Saint-Jacques (Lettres patentes de mai 1781). — Code de l'hôp. gén., p. 327 et suiv.

(5) Voir dans M. L. Lallemand, p. 146 et suiv., une liste de ces libéralités.

(6) A partir de 1670, des troncs furent placés avec cette affectation dans les principales églises. De tout temps il y avait eu dans l'église Notre-Dame un berceau où l'on mettait quelques enfants trouvés, destinés par leur gentillesse à solliciter la charité des fidèles. Ils trouvaient parfois des gens de bien qui, n'ayant pas d'enfants, se chargeaient « de les nourrir et élever comme leurs propres enfants. » (Bouchel, *Trésor du droit français*, v° *Enf. trouv.*)

(7) La maison des enfants trouvés était propriétaire de l'hôtel de Bourgogne, loué en 1716 à la « nouvelle troupe des comédiens italiens de Monseigneur le duc d'Orléans » : elle avait là, au point de vue du recouvrement des loyers, d'assez tristes locataires.

(8) Cette coutume était générale. Un administrateur, M. Ravault obtint, en 1754, la suppression de l'envoi des Enfants-Rouges. « Nonobstant les soins et les attentions des maîtres, dit-il (Délib. 12 sept. 1754), les enfants n'apprennent que très imparfaitement à lire et à écrire, vu qu'ils sont continuellement dissipés soit par les convoys soit par les récréations. »

De même, parmi les enfants reçus au sanitat de Nantes, « les uns portaient des torches et des armoiries aux convois funèbres, les autres se tenaient aux portes de la ville avec une écuelle pour recueillir les charités des passants, quand la détresse de la maison était pressante. »

ou en fournissant directement les sommes dues pour mois de nourrices.

Les admissions se faisaient, nous l'avons vu, sur les procès-verbaux des commissaires qui, prévenus de l'abandon d'un enfant, devaient se transporter de leur personne (1) et procéder à la levée. D'un autre côté, on envoyait également aux *trouvés* les enfants nés à l'hôtel-Dieu ou dans les lieux de force de la Salpétrière (2). Très souvent les enfants exposés portaient un billet destiné à faciliter leur reconnaissance ultérieure par leurs parents (3).

Pendant longtemps donc, tous les enfants, sauf ceux abandonnés chez les sages-femmes, provenant de l'hôtel-Dieu, de l'hôpital général ou envoyés par le lieutenant criminel, étaient réellement exposés. Mais au dix-huitième siècle, la coutume se généralisa de recevoir les enfants directement des mains des nourrices, sages-femmes ou parents. On apportait les enfants à l'hôtel du commissaire du quartier, ou bien on les abandonnait entre les mains des procureurs fiscaux. Le délaissement dans les rues ne fut plus qu'une exception : cependant jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, un enfant ne pouvait être reçu des mains d'un particulier sans un procès-verbal dressé par l'autorité compétente (4). Le *tour* était donc encore absolument inconnu.

Les facilités accordées aux admissions devaient naturelle-

(1) Les abandons s'étant multipliés au point qu'il y en avait parfois, comme en 1762, 20 et même 30 dans une nuit, les commissaires, à partir du dix-huitième siècle, prennent l'habitude de déléguer un agent à cet effet.

(2) Les envois étaient si fréquents que les dames de charité refusèrent en 1665 de recevoir les orphelins : cet ostracisme ne dura que jusqu'en 1670.

(3) La rédaction de ces billets offre une variété piquante : 14 janvier 1671 : « Mon Dieu ce pitiez de ce pauvre enfant; je prie Dieu qu'il échoit dans les mains de quelque bonne personet e Dieu les récompancera; l'anfant et batisé e sapel Nicolast; il est né la veil de la saint Michel du mois de septembre. » — 9 février 1726 : « Nous aurons, messieurs les administrateurs, non seulement l'honneur de vous remercier, mais de dédommager l'hôpital de toutes les dépenses qu'il aura fait; nous vous demandons en grâce qu'on en ait un très grand soin et qu'on prenne garde de ne le point confondre avec d'autres, » etc.

(4) A partir de 1793, on n'exige plus qu'un acte de naissance.

ment en augmenter le nombre. Aussi, tandis que de 1640 à 1649, leur nombre n'était que de 3053, de 1770 à 1779 il était monté à 67033 (1). On apportait des enfants des provinces les plus éloignées. Malgré un arrêt du Parlement du 2 février 1663 et un arrêt du conseil du roi du 10 janvier 1779, défendant aux voituriers de se rendre complices des abandons en se prêtant moyennant salaire au transport des enfants à Paris, ces envois continuèrent de la part non seulement des parents, mais aussi des hauts justiciers et des hôpitaux des provinces, qui trouvaient commode de se décharger ainsi sur Paris de l'entretien auquel ils étaient tenus. « Ces enfants, disait l'arrêt de 1779, que les soins paternels pourraient à peine défendre contre les dangers d'un âge si tendre, sont remis sans précaution et dans toutes les saisons à des voituriers publics distraits par d'autres intérêts et obligés d'être longtemps en route, de manière que les malheureuses créatures victimes de l'insensibilité de leurs parents souffrent tellement d'un pareil transport que près des neuf dixièmes périssent avant l'âge de trois mois (2). »

La maison de la Couche n'avait été établie à l'origine que pour les enfants nouveau-nés et privés de secours. Par une délibération du 22 février 1675, le bureau avait décidé de ne recevoir que les enfants tétant encore (3). Mais en 1757,

(1) Remacle.

(2) Une délibération du bureau de l'hôpital général du 14 déc. 1772 (*Code*, p. 353) dit à ce sujet : « On en charge des commissionnaires qui ne sont autorisés par aucuns juges, qui la plupart ne savent pas lire ; en sorte que, ou ils n'ont pas d'extraits baptistaires, ou ceux qu'ils rapportent ne s'accordent ni avec l'âge ni avec le sexe de l'enfant ; que pendant ces longues routes qu'on leur fait faire dans des paniers ou dans des voitures ouvertes à toutes les injures de l'air, ils n'ont point de nourrices qui les allaitent, et ce n'est souvent qu'avec du vin qu'on les nourrit ; que cette barbarie en fait périr un grand nombre dans le chemin, et que les autres épuisés par les fatigues du voyage n'arrivent que languissants, et nous avons la douleur de voir qu'ils meurent en beaucoup plus grand nombre que ceux qui sont de Paris ; en sorte qu'outre la surcharge des hôpitaux de Paris et le dépeuplement des provinces que ce désordre entraîne, l'ordre public et l'humanité en souffrent également. »

(3) « Les enfants exposés âgés de plus d'un an estant apparemment légitimes

vu l'effrayante mortalité qui frappait les enfants envoyés à la Salpétrière, le bureau revint sur son ancienne délibération et décida le 21 juin « qu'à l'avenir les enfants exposés. de l'âge de deux ans et jusqu'à quatre ans, seraient envoyés en sevrage jusqu'à l'âge de cinq à six ans dans les mêmes provinces où l'on envoyait les autres enfants,... qu'ils seraient confiés à des femmes de bonnes vie et mœurs, que les mois de leur nourriture seraient payés,... et qu'il leur serait fourni une robbe chaque année, suivant l'usage (1) »

Il y avait, dans l'établissement, des nourrices sédentaires chargées d'allaiter les enfants (2) en attendant l'arrivée des femmes de province. Celles-ci étaient d'un recrutement difficile. On dut avoir recours à l'intermédiaire de meneurs et meneuses (3). Ces agents qui fournissaient aussi les bureaux de recommandaresses et procuraient des bonnes aux maisons parisiennes, laissaient beaucoup à désirer : ils pressuraient les femmes, trompaient les administrateurs, volaient de toutes parts. C'est en vain que par des règlements multiples (2 mai 1713, 24 septembre 1765, 28 mars 1774, 10 avril 1776, 28 mars 1788, etc.) on assujettit les meneurs à donner caution, à fournir un certificat de bonnes vie et mœurs, à ne prendre qu'un salaire déterminé, à remettre fidèlement aux nourrices l'argent qui leur était dû, etc. ; les fraudes continuèrent jusqu'en 1821, où l'on s'avisa d'avoir des employés spéciaux en province et placés chacun à la tête d'une circonscription.

Les nourrices amenées par les meneurs devaient fournir un certificat de leur curé, « attestant leur vie, mœurs et religion ;

ne seront pas si volontiers exposés quand les pères et mères sçauront que leurs enfants seront envoyés à la maison de la Salpêtrière.

(1) Quant aux enfants exposés au-dessus de cinq ans, les garçons étaient conduits à la Pitié et les filles à la Salpêtrière. (*Code*, p. 360.)

(2) En 1784, on crut préférable de nourrir artificiellement les enfants pendant leur séjour à Paris, pour éviter que les nourrices n'eussent à allaiter plusieurs enfants à la fois. (Règlem. du 28 mai 1788.)

(3) Lorsque les nourrices amenées par les meneurs ne suffisaient pas, on recourait à l'envoi des enfants par *commission*.

qu'elles étaient en état d'élever l'enfant qui leur serait confié et l'âge de leur dernier enfant ou de leur dernier nourrisson. » Elles étaient visitées par le chirurgien et une des sœurs de l'établissement, et si leur lait était reconnu bon, elles partaient avec un enfant. Des précautions spéciales (bulles, etc.) étaient prises pour éviter toute substitution. Les mois payés aux nourrices furent peu à peu augmentés et, par une délibération du 28 mai 1788, on leur accorda des gratifications successives à mesure que l'enfant atteignait l'âge de trois, puis de neuf mois.

A côté de ces primes décernées aux bonnes nourrices, il y avait tout un système d'inspections destiné à tenir en bride les mauvaises. Les sœurs de la maison de la Couche allaient visiter les pupilles dans leurs placements. Ces tournées devaient se faire chaque année. D'après le règlement de 1774, les sœurs, en arrivant dans une paroisse, devaient se transporter d'abord chez le curé (1), afin de recevoir ses avis ou les plaintes qu'on pourrait avoir à faire contre les nourrices et le meneur. Elles se faisaient représenter les enfants, retiraient ceux qui étaient mal placés, en requérant au besoin l'aide des juges et autres officiers de justice et de police.

Le nombre des enfants augmentant et les sœurs ne pouvant suffire à effectuer les tournées, les administrateurs de l'hôpital général firent appel aux inspecteurs préposés pour la surveillance des nourrissons enfants des bourgeois de Paris, « qui pouvoient, sans déranger leurs marches, visiter en même temps les enfants trouvés, qui sont, pour la plupart, ou dans les mêmes paroisses de la campagne que les enfants bourgeois, ou du moins dans les paroisses voisines (2). »

Mais, dès l'année suivante, on revint à l'ancien système.

(1) « Elles profiteront de cette occasion pour prier MM. les curés, de la part de l'administration de vouloir bien étendre leurs soins charitables sur les enfants trouvés qui, étant abandonnés par leurs auteurs, n'en sont que plus dignes de la protection de l'État et de l'assistance de tous ses sujets. »

(2) Délibér. et réglem. du 7 juin 1773.

Le concours des inspecteurs avait été peu actif, et le règlement du 28 mars 1774 chargea les sœurs de reprendre leurs anciennes tournées, qui avaient d'ailleurs, paraît-il, l'avantage d'être plus économiques.

Les enfants devaient être ramenés de nourrice, d'abord à trois ans, puis, à partir de 1696, à cinq ans : ils étaient alors placés dans les maisons de l'hôpital général, au faubourg Saint-Antoine, à la Pitié ou à la Salpétrière. En 1761, on renonça à ce système. « Ces enfants, dit le rapporteur, passant les premières années de leur enfance dans les campagnes ne connaissent d'autre patrie que les lieux où ils ont été élevés, c'est les expatrier que de les en retirer à l'âge de cinq à six ans. L'expérience prouve que le changement d'air en fait périr un grand nombre;... le moyen le plus certain de procurer leur conservation et de les rendre utiles à la patrie, c'est de les laisser dans les lieux où ils sont élevés dès leur naissance et de destiner les garçons, soit au labourage, soit à des métiers, ou à devenir soldats, et d'employer les filles à des ouvrages convenables à leur sexe. La destination proposée pour les garçons est d'autant plus nécessaire que les campagnes sont désertes et la plupart des terres incultes, faute de cultivateurs(1). Le feu roi Louis XIV, en fondant l'hôpital des enfants trouvés les destinait à être soldats, à servir dans les troupes et à former des ouvriers et des habitants des colonies. »

Le règlement du 7 janvier 1761 s'inspira de ces idées. Les personnes qui demandaient à se charger d'un ou de plusieurs enfants devaient justifier par un certificat de leur curé « de leurs bonnes vie et mœurs, et qu'ils étaient en état de loger, nourrir et entretenir les dits enfants, de leur apprendre ou faire apprendre un métier ou de les occuper à des ouvrages de campagne, convenables à leur sexe, et de leur donner une

(1) On voit qu'il n'y a rien de nouveau sous le soleil, pas même les plaintes, justifiées d'ailleurs, de l'agriculture.

bonne éducation. » A ceux qui se chargeaient ainsi de l'éducation des pupilles depuis l'âge de six ans, on donnait quarante livres par an pour chaque garçon jusqu'à douze ans et trente livres depuis douze ans jusqu'à quatorze; on payait pour les filles quarante livres par an jusqu'à seize ans : étant à présumer que parvenus à cet âge, filles et garçons pouvaient se rendre utiles à ceux qui s'en étaient chargés (1). Ils devaient rester chez leurs patrons jusqu'à vingt-cinq ans : en 1772, on décida avec raison que l'engagement des enfants serait borné à vingt ans accomplis; passé ce temps, ils devaient être gagés « suivant l'usage du pays », tout en restant sous l'autorité du bureau jusqu'à vingt-cinq ans. Par contre, la pension des garçons comme des filles était uniformément portée à quarante livres par an.

Ce système donna d'excellents résultats. « Presque tous ces enfants, dit La Rochefoucauld-Liancourt (2), conservés par les nourrices par-delà le premier terme fixé, sont gardés dans leur maison jusqu'à ce qu'ils se marient, y sont traités comme les propres enfants; le plus grand nombre tourne bien et ils deviennent de bons habitants des campagnes. »

Avant d'arriver à ce dernier système, on avait eu l'idée de constituer avec ces enfants des recrues pour la population ouvrière des cités. L'asile du faubourg Saint-Antoine, où passaient les enfants qui revenaient de nourrice avant d'être envoyés dans les maisons de l'hôpital général, contenait au dix-huitième siècle de huit à neuf cents personnes. Les enfants devaient y recevoir une bonne instruction et être placés ensuite en apprentissage. En 1677, le chapelain faisait l'école tous les jours « depuis 7 heures 1/2 du matin jusqu'à 10, et depuis 2 heures de relevée jusqu'à 5 heures du soir ». Des maîtres

(1) Le recueillant avait le droit de présenter pour le tirage à la milice l'enfant trouvé mâle qu'il avait élevé, en remplacement de celui de ses enfants, frères ou neveux vivant dans sa maison ou à sa charge qu'il voulait faire exonérer.

(2) Rapport fait au nom du comité de mendicité à l'Assemblée nationale, 1790, p. 24.



spéciaux furent successivement adjoints. et le nombre des classes augmenté. Quant à l'éducation professionnelle, les enfants n'apprirent jamais « qu'à tricotter des bas et des bonnets pour leur entretien et pour celui des enfants en sevrage » (1). Les résultats furent médiocres. La plupart des enfants mis plus tard en apprentissage étaient renvoyés par leurs maîtres qui ne trouvaient « dans les uns ni goût ni amour du travail et dans les autres ni force ni courage ».

Les règlements des 19 août 1733, 10 novembre 1742, 28 septembre 1751, 26 avril 1752, 16 mars 1762 essayèrent de faire pour la mise en apprentissage ce que le règlement de 1761 fit si heureusement pour les placements à la campagne. Quelques enfants furent placés dans les manufactures (2). On leur donnait un trousseau, on leur assurait l'entretien et la nourriture jusqu'à vingt-cinq ans et, à partir de vingt ans, des gages éventuels.

Jusqu'à vingt-cinq ans, les enfants étaient sous la tutelle des administrateurs. A leur majorité, ils étaient livrés à eux-mêmes. Sauf ceux placés à la campagne, ils se trouvaient le plus souvent « sans profession et sans aucune utilité ». « La misère les rend vagabonds et libertins, dit un administrateur dans la séance du 7 janvier 1761 ; abandonnés à eux-mêmes, ils se livrent à toutes sortes de vices et souvent leur fin est tragique. »

Parfois les enfants étaient, avant leur majorité, soit confiés à des bienfaiteurs (3) (les administrateurs réservaient

(1) Délibér. du 17 déc. 1788. « Les sœurs qui entendent parfaitement l'économie. et que le mouvement et la dissipation inquiètent, ont imaginé, pour tirer parti de ces enfants au profit de la maison et pour pouvoir les contenir plus facilement de les occuper à tricoter dans l'intervalle des leçons; industrie louable sans doute par son motif, mais on peut dire peu éclairée : 1° parce qu'une telle occupation s'oppose au développement dont la jeunesse a un besoin si urgent ; 2° parce qu'elle ôte à ces enfants un temps qu'ils pourraient employer plus utilement, soit à l'avantage de l'âme, soit à celui du corps. »

(2) Des inspecteurs devaient aller tous les mois chez les maîtres « s'informer de leurs mœurs, de leur conduite, de leur travail, de la manière dont ils étaient traités, etc. »

(3) Des personnes sans enfants venaient en demander un « pour prendre soin

alors leurs droits de tutelle) soit rendus à leur famille. A partir de 1674, les parents réclamants durent produire un certificat de leur curé et, suivant les circonstances, rembourser tout ou partie des frais d'entretien. Acte de la remise était passé devant notaire (1).

Quant à la mortalité, elle était énorme. D'après une délibération du 11 mai 1784, un tiers mourait immédiatement à l'hôpital de la phtisie ou du muguet; un autre tiers mourait, en moins d'un mois, de ceux qui, envoyés à la campagne, avaient contracté le germe de ces maladies. Puis la mortalité va en décroissant : elle n'est plus que d'un dixième pour le surplus de la première année et d'un autre dixième depuis le commencement de la seconde année jusqu'à la fin de la septième. A cet âge il ne restait plus qu'un septième de la totalité des enfants, alors que pour les enfants élevés chez leurs parents il en survivait la moitié.

La mortalité qui, en 1690, était déjà de 46 % monta en 1751 à 68 % et en l'an V à plus de 92 % (2). Cette effrayante proportion tenait sans doute à la mauvaise constitution des enfants (3), aux souffrances qu'ils avaient endurées avant leur admission, aux maladies qu'ils avaient déjà contractées; mais le manque de nourrices, le transport en province fait dans de mauvaises conditions matérielles, enfin l'agglomération

de son éducation et instruction, le nourrir, le loger, l'instruire, lui faire apprendre mestier et en descharger l'hospital. » Des nourriciers de la campagne viennent réclamer un pupille que le règlement leur a enlevé à sept ans. « N'ayant pas d'enfans, et ayant conçu pour celui-cy beaucoup de tendresse et d'amittié », ils s'engagent à verser sur sa tête 150 livres et à lui donner « à leurs frais et dépens, une éducation convenable, à l'envoyer aux écolles pour y apprendre à lire et à écrire, et à lui faire aprendre un métier lorsqu'il sera en âge, afin qu'il puisse gagner sa vie par lui-même. »

(1) Délibér. du 22 mars 1752, 26 sept. 1758, 31 juillet 1759.

(2) De 1877 à 1881, elle n'a été en moyenne que de 33 0/0.

(3) « Soit qu'ils proviennent de pères et de mères malsains ou indigents, soit que la contrainte et la gêne auxquelles leurs mères se sont assujetties pour cacher leur grossesse, ou même les tentatives que quelques-unes ont pu faire pour détruire leurs germes, aient influé sur leur constitution. » (Délib. du 11 mai 1784.)

des enfants (1) et les ressources insuffisantes du service concouraient pour une large part à ce triste résultat. « On ne doit pas être surpris, disent les administrateurs (14 décembre 1772), qu'un hôpital qui n'a été fondé que pour recevoir les enfants exposés à Paris n'ait ni les revenus ni les emplacements nécessaires pour contenir ceux d'un grand nombre de provinces. »

III.

La fondation de l'hôpital général, à Paris, avait en effet considérablement allégé les hôpitaux de province, les municipalités et les seigneurs, chargés autrefois, comme nous l'avons vu, de subvenir à l'entretien des enfants trouvés. D'autre part, les intendants (2) prirent l'habitude de désigner un

(1) A la suite d'une visite faite le 9 avril 1767 au faubourg Saint-Antoine et aux Enfants-Rouges, les membres du bureau déclarent qu'il y a mélange dans les classes d'élèves sains et malades, que les poêles allumés l'hiver vicient l'air, etc. Les enfants malades qu'on envoyait à l'hôtel-Dieu pour éviter la contagion, y mouraient presque tous : les autres « en rapportaient la galle ou teigne » et mouraient peu après. A partir de 1768, on envoya les convalescents se remettre à la campagne. Des médecins étaient attachés aux maisons de Paris, mais aucun n'était commis pour surveiller en province les enfants mis en nourrice.

Dès le dix-septième siècle, on avait pris des mesures pour empêcher les enfants atteints de maladie vénérienne de communiquer leur contagion aux autres enfants ou aux nourrices qui les soignaient. Après un essai tenté par M. Lenoir, lieutenant de police, et avec les ressources créées par l'annexion de l'hôpital Saint-Jacques aux Enfants-trouvés (lettres-patentes de mai 1781), on créa l'hospice de Vaugirard, qui jusqu'à la création en 1792 de l'hôpital du Midi, reçut les « enfants gastez. » « Les enfants infectés, dit La Rochefoucauld (p. 28) sont donnés à des nourrices malades de la même maladie : la nourrice est traitée et son lait apporte à l'enfant assez de contrepoison pour détruire en lui le vice qu'il faut combattre... Aussi dans les avantages de cet établissement il faut compter celui de guérir les nourrices. » Le même auteur ajoute que, tandis qu'avant ce mode de traitement, aucun des enfants viciés n'échappait à la mort, la proportion des guérisons devint depuis de 22 pour cent.

Dans les mêmes circonstances, on conseillait aux recteurs de l'hôpital d'Aix, conformément à des expériences faites en Prusse, d'avoir recours à des chèvres que l'on frotterait avec une pommade mercurielle sur certaines parties du corps dont on aurait au préalable rasé le poil.

(2) Louis XIV, par un édit de juin 1662, avait ordonné qu'en toutes les villes et gros bourgs du royaume où il n'y avait pas encore d'hôpital général établi, on en établirait incessamment « pour y loger, enfermer et nourrir les pauvres

établissement, hôtel-Dieu, hôpital général ou fondation spéciale, pour recevoir les trouvés d'un bailliage ou d'une province (1), en échange soit de subventions royales, soit de cotisations imposées aux seigneurs ou aux habitants. Une tendance à l'uniformité se produisit donc en province comme à Paris.

Mais tandis qu'à Paris les pères et mères finirent par faire admettre directement et librement leurs enfants par l'intermédiaire des commissaires du Chatelet (2), dans tout le royaume au contraire les hospices continuaient à rechercher les parents pour exercer contre eux leur recours (3). Sur la dénonciation de la mère ou du premier venu (4), le père même naturel devait reprendre son enfant ou payer à l'hôpital pour son entretien une certaine somme. S'il était insolvable, l'hôpital attaquait comme responsable, en Provence la communauté où l'enfant avait été conçu, en Languedoc et en Bretagne le lieu où il avait pris naissance (5).

Les pupilles, en sortant de nourrice, étaient en général ramenés dans les hospices ou hôpitaux généraux et ne se distinguaient plus alors des orphelins ou autres enfants reçus

mendiants invalides, natifs des lieux, ou qui y auront demeuré pendant un an ; comme aussi les enfants orphelins ou nés de parents mendiants », pour y être « instruits à la piété chrétienne et aux métiers dont ils pourront se rendre capables. »

(1) S'il n'y avait pas d'hôpital désigné, le juge de police après une publication adjugeait la nourriture de l'enfant au rabais, et pour le paiement délivrait son exécutoire sur le domaine du seigneur haut-justicier : sinon cette dépense se prenait sur les revenus de la Communauté ou par un rôle de contribution sur tous les habitants. (Duchesne, *Code de police*, tit. XII, § 3.)

(2) Ceux qui exposent leurs enfants à Paris, dit Denisart, v° *Enfans* « sont d'autant plus répréhensibles que personne ne demande ni d'où viennent, ni à qui appartiennent les enfants qu'on porte aux commissaires de police et à l'hôpital des Enfants-trouvés ».

(3) La dette procédant d'un délit, les parents étaient contraignables même par corps.

(4) Les curés devaient en chaire inviter leurs paroissiens à dénoncer les parents sous peine d'excommunication, comme en cas de crime capital. (Maitre, *Hôpital de Nantes*, p. 100 à 102.)

(5) Fabre, *Hôpital de Marseille*, t. I, p. 428, 435. — De Pelleport, *Charité bordelaise*, 1re part. *L'enfance*, p. 52.

dans ces établissements (1). On leur faisait alors apprendre un métier, puis on les mettait en apprentissage. A Arras et à Nantes, les enfants étaient maintenus chez leurs parents nourriciers qui, à partir de quinze ans, profitaient de leur travail sans autre rétribution. Dans les pays maritimes, quelques enfants étaient embarqués comme mousses sur les navires au long cours, concurremment avec les jeunes vagabonds arrêtés et enfermés dans les hôpitaux. (Ordonnance royale du 15 août 1732). On proposa même de les employer aux colonies, notamment à la Louisiane (2).

IV.

Il nous reste à nous demander quel était l'état civil des enfants exposés. La question qui, de nos jours, n'a pas grande importance, puisque le seul intérêt qu'il y a à distinguer les enfants illégitimes des autres, la différence de capacité successorale, ne touche pas les enfants trouvés, réputés sans famille, la question avait au contraire au moyen âge une grande importance, puisqu'au point de vue du droit, les bâtards occupaient dans la société un rang inférieur.

Le droit canonique tendait à ranger les enfants trouvés parmi les bâtards, ce qui entraînait pour eux de nombreuses incapacités et mettait notamment obstacle à leur admission dans les ordres sacrés (3). Cependant les opinions étaient

(1) La déclaration du 25 juillet 1700 contre les mendiants valides et vagabonds portait : « Voulons que les enfans qui n'ont ni père ni mère, ni aucuns parents qui en veuillent prendre soin, qui n'auront aucuns biens et qui ne sont pas en âge de gagner leur vie par aucune sorte de travail, soient reçus dans les hôpitaux généraux, pour y être élevés et instruits jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie suivant leurs forces. » Voir art. 3 de la déclar. du 18 juillet 1724.

(2) De Chamousset, *Œuvres*, t. I, p. 236; t. II, p. 41.

(3) Ludovic Engel, *Traité de droit canon*, 1760, liv. I, tit. XVII, § 5 : « *Expositi possint ne admitti ad ordines? Quæritur utrum expositi seu in plateis aliisve locis reperti quorum parentes ignorantur, sint legitimi et habiles ad ordines suscipiendos censendi? Quidam affirmant, tum quod in dubio pro*

partagées et un grand nombre de théologiens et de canonistes soutenaient l'avis opposé (1). Ils faisaient valoir qu'en cas de doute l'interprétation favorable doit l'emporter et que d'ailleurs le Décret de Grégoire IX (au titre *de infant. expos.*), qui privait de l'exercice de la puissance paternelle les pères qui exposaient leurs enfants prouvait bien par là même que, malgré la présomption générale, il se trouvait aussi parmi les enfants exposés des enfants légitimes : ce qui arrivait non seulement chez les païens, mais même chez les nations chrétiennes d'alors. « *Nos ipso usu quotidie experimur*, disait le cardinal Paleoti, *multos quandoque rei familiaris inopia cum se victui necessaria videant liberis suppeditare non posse, solere ipsos exponere.* »

Ce dernier système finit par prévaloir, surtout parmi les auteurs civils, et Denisart (v° *Enfants*, 16) dit que les enfants trouvés sont légitimes et qu'ils jouissent de tous les avantages attachés à la légitimité.

legitimitate filii tanquam pro parte favorabiliori præsumatur. Verum negativa probabilior videtur, eo quod præsumptio in dubio desumatur ex illis, quæ communiter, et quasi certo accidunt, communiter autem, et ordinarie quotidiana experientia teste accidit, ut illi tantum exponantur, qui ex illegitimis congressibus nati sunt. » Les défenseurs de ce système, Covarruvias, Avila, Hugolin, le cardinal Tolet et Pastor se fondaient surtout sur cette présomption que les enfants qu'on expose sont en général nés d'un commerce criminel. C'est en effet ce qui arrive le plus souvent : or *in obscuris inspicimus quod est verisimile et quod plerumque fieri consuevit.* (*De reg. jur.*, 6.)

(1) Cardinal Paleoti, *De spuriis*, cap. 63. — Sairus, lib. VI, *De irregularitate*, cap. x. — Piasecius, *Pratique épiscopale*, 1re part., ch. I. — Barbosa, *De officio et potestate episcopi*, allegat. 51. — Gonzalès, sur le titre *De infantibus expositis*. — Pontius, lib. XI, cap. IX, *De matrimonio*. — Ducasse, *Pratique de juridiction ecclésiastique*, 1706, p. 213 et suiv.

PÉRIODE RÉVOLUTIONNAIRE.

I.

Malgré une tendance à l'uniformité, le traitement des enfants trouvés présentait encore à la fin de l'ancien régime assez de diversité pour fournir aux cahiers de 89 la matière des vœux les plus disparates.

A la suite d'un rapport fait au nom du comité de mendicité par La Rochefoucauld-Liancourt, l'Assemblée nationale (10 sept. 1790) supprima les secours accordés par le trésor public aux établissements hospitaliers, notamment aux hôpitaux d'enfants trouvés, qu'elle mettait à la charge des municipalités et des départements. Le 29 novembre, elle déchargeait de toute obligation de ce chef les seigneurs haut-justiciers, dont elle avait aboli les privilèges. Malgré le décret du 10 déc. 1790, les Assemblées nationale et législative continuèrent à rembourser aux hôpitaux, dont elles avaient supprimé les anciens revenus, les dépenses faites pour les enfants trouvés (décrets 29 mars 1791, 28 juin 1791). La convention fit de même (9 janvier, 15 février, 5 mai 1793, 7 germinal an II).

La déclaration des droits de l'homme (3 sept. 1791) mettait d'ailleurs à la charge de l'État l'organisation d'un établissement général de secours publics pour élever les enfants abandonnés, soulager les pauvres infirmes et fournir du tra-

vail aux pauvres valides qui n'auraient pas pu s'en procurer (1). Un décret du 19 mars 1793 plaça également au nombre des dettes nationales l'assistance des pauvres et des enfants abandonnés. Enfin le titre Ier du décret du 28 juin 1793, s'inspirant des mêmes principes, ébaucha un règlement qui ne fut jamais exécuté.

Il faut arriver au 27 frimaire an V pour trouver une organisation sérieuse. Les enfants abandonnés nouvellement nés devaient être reçus gratuitement dans tous les hôpitaux (2); si ces établissements n'avaient pas de fondation spéciale, le trésor public subvenait à la dépense. Ces enfants étaient jusqu'à leur majorité ou leur émancipation sous la tutelle du président de l'administration municipale de l'arrondissement; les membres de l'administration formaient le conseil de tutelle.

Le décret du 28 juin 1793 permit à toutes les filles enceintes de venir faire leurs couches dans les maisons établies à cet

(1) Il est tout aussi absurde de punir la mendicité et le vagabondage lorsqu'il n'y a pas de dépôts de mendicité que de punir l'exposition des enfants lorsque les tours sont fermés et la recherche de la paternité interdite. « Ce n'est que lorsqu'il y aura des asiles pour la nuit et des *work-houses* pour le jour, avec un travail approprié aux forces des malheureux, que les lois sur le vagabondage et la mendicité ne seront plus d'abominables lois. Car, en vérité, y a-t-il quelque chose de plus inique que de faire un délit de la misère? Ne pas avoir de domicile, ne pas avoir de pain, chercher l'un, demander l'autre, n'est-ce pas un droit naturel?... Dans une société, je ne dirai pas civilisée, mais simplement hors de la barbarie, la mendicité ne devrait être un délit que dans deux cas : celui où le mendiant est un paresseux qui refuse du travail offert, ou un escroc dont la misère est feinte. Mais *punir* un homme qui a fait tout ce qu'il a pu pour avoir un domicile et du travail, et qui n'y a pas réussi, c'est une pure sauvagerie. » (M. Henry Fouquier, journal *le Dix-Neuvième siècle*, n° du 5 mai 1888.)

(2) L'art. 5 de la loi du 27 frimaire punissait d'une détention de trois décades celui qui portait ou faisait porter un enfant abandonné ailleurs qu'à l'hospice le plus voisin. La cour de cassation trouva dans cet article le moyen juridique d'atteindre le fait d'exposition. (Arrêt du 27 janv. 1809.) En effet le code pénal du 25 sept. 1791 étant muet sur l'exposition de part, et les peines arbitraires ayant été supprimées, la cour de cassation avait décidé (28 germinal an 5) que ce délit n'était pas compris au code pénal, l'art. 32 de la 1re sect. du tit. 2 de la 2e part. du code pénal, qui punit de 15 années de fers la destruction volontaire de l'état civil d'une personne, ne pouvant s'entendre que de « la destruction matérielle d'un corps constatant cet état, et non de l'exposition d'un enfant, la perte de son état-civil dût-elle en être la suite ».

effet dans chaque district, l'État se chargeant d'élever les enfants.

Par un règlement additionnel du 30 ventôse an V, le Directoire décida que les enfants seraient élevés à la campagne, qu'ils ne pourraient pas, en principe, être ramenés dans les hospices dépositaires et que, conformément à un décret du 19 août 1793, la pension serait payée aux nourriciers jusqu'à l'âge de douze ans seulement, les nourriciers étant tenus d'envoyer les enfants aux écoles et de les représenter tous les trois mois à l'agent de la commune chargé de certifier « qu'ils ont été traités avec humanité et qu'ils sont instruits et élevés conformément aux dispositions du règlement ».

Ajoutons que si, pour satisfaire à des plaintes nombreuses, l'Assemblée nationale mit en liberté, le 15 sept. 1791, les prisonniers détenus à Paris pour dettes de mois de nourrice (1), et si la Législative abolit, le 25 août 1792, la contrainte par corps pour cette cause, et ordonna le 2 septembre suivant la mise en liberté des détenus, le Directoire, d'autre part, se préoccupa, dans son arrêté du 5 messidor an IV, « de remédier à l'insuffisance des salaires des nourrices, réduits par les variations successives du signe monétaire à un taux trop disproportionné au prix des denrées... d'assurer la régularité de ce paiement et de le proportionner aux cours des denrées conformément au vœu de la justice et aux vues de la bienfaisance nationale. »

Malheureusement les ressources faisaient défaut aux hôpitaux : les anciens revenus avaient été, pour la plus grande part, supprimés, sans être remplacés par d'autres. Le 26 fructidor an VI, le 6 vendémiaire an VIII, les conseils des Anciens et des Cinq-Cents s'efforcèrent d'affecter des fonds à cette nature de dépenses. Mais tandis qu'à Paris on essayait de trouver des nourrices en utilisant pour l'allaitement des enfants-trou-

(1) Par décrets du 1er déc. 1791 et du 15 août 1792, la Législative avait accordé des secours aux pères de famille détenus pour mois de nourrice.

vés les filles et femmes indigentes qui venaient faire leurs couches au Val-de-Grâce (1) (Décret de la convention du 7 ventôse an II), en province les femmes des campagnes, n'étant plus payées par les hospices, rapportaient pour la plupart leurs nourrissons, qui vinrent augmenter encore l'encombrement et les charges des asiles hospitaliers. Aussi en 1797 la proportion réelle des décès atteignit 97 %.

Une réforme était donc urgente. Après un nouvel effort tenté le 25 floréal an VIII pour affecter de nouveaux fonds au paiement des mois de nourrice, la loi du 15 pluviôse an XIII vint jeter les bases de l'organisation actuelle.

II.

« Le dix-huitième siècle, dit M. Guizot, a pris en main la cause de tous les opprimés : les serfs, les hérétiques, les aliénés. Il a partout répandu un sentiment de commisération et de respect sur les faibles et les souffrants; il a forcé les hommes à être justes. »

C'est au dix-huitième siècle que l'esprit d'examen et de libre recherche remplaça l'esprit de soumission et de respect traditionnel. Toutes les institutions furent mises en demeure de produire leurs titres et de justifier de leur légitimité. La puissance paternelle elle-même n'échappa pas à cette inquisition quasi-sacrilège. Les auteurs de droit naturel cherchèrent à expliquer son principe, à préciser son caractère : et leurs théories, diverses selon la tendance d'esprit de chacun des auteurs, répondent aux trois grandes idées qui se partagent le monde : l'idée religieuse, l'idée de force, l'idée de droit.

(1) La Convention, par un décret du 10 vendémiaire an IV, fit de la maison du Val de Grâce un hôpital militaire. La Maternité fut transférée dans l'ancien couvent de Port-Royal, faubourg Saint-Jacques et rue de la Bourbe et dans l'oratoire de la rue d'Enfer.

Les théologiens partant de ce principe que « toute autorité d'un homme sur un autre lui est communiquée de Dieu par une espèce de commission, et que l'homme n'a qu'un pouvoir emprunté », font de la puissance paternelle une institution divine. Mais, comme le fait remarquer Puffendorf, (liv. VI, ch. II, § 4), dont l'esprit prudent sait revendiquer les droits de la raison sans manquer au respect dû à la religion (1), « bien qu'il faille supposer ici, comme partout ailleurs, la cause première et universelle, qui est Dieu, cela n'empêche pas qu'il ne soit permis de rechercher les causes secondes et immédiates. »

Grotius (liv. II, ch. IV, § 1) fait, avec la plupart des anciens auteurs, dériver la puissance paternelle de l'acte même de la génération, par lequel le père et la mère font, pour ainsi dire, œuvre de création, en mettant au monde un être qui n'existait pas encore. Hobbes tirait de ce principe la conséquence suivante : « Un tel est père d'un tel ; donc il est son maître. » Tel avait été le point de vue antique. Le père avait sur son fils un droit de propriété analogue à celui qu'il acquérait sur tous les autres produits de son activité, semblable à celui qu'a le jardinier sur l'arbre qu'il a planté. Et de même qu'il pouvait disposer librement des œuvres de ses mains, de même il pouvait disposer à sa guise de cette œuvre de chair et de sang qui était l'enfant.

Enfin pour d'autres auteurs qui réfléchissent que l'enfant est une personne, la génération toute seule n'est plus considérée comme un titre suffisant de l'autorité paternelle. « En effet, dit Puffendorf (liv. VI, ch. II, § 4), quoiqu'un enfant soit produit de la substance de son père et de sa mère, cependant,

(1) « Quelque air de dévotion qu'affectent ceux qui tiennent un pareil langage, ce n'est là qu'une vaine déclamation, qui même dans le fond est fort injurieuse à Dieu. En effet, un pouvoir emprunté est le même que celui de la personne de qui on le tient... Or n'est-ce pas une idée bien basse de la Majesté infinie du Créateur, que de croire les hommes capables d'être revêtus du même pouvoir que Dieu ? »

comme il devient une personne semblable à eux, et qui leur est égale par rapport aux droits naturels, communs à tous les hommes, il faut quelque chose de plus pour le soumettre à leur empire : d'autant mieux que l'acte de la génération ayant d'ordinaire uniquement pour but le plaisir qui l'accompagne, un père et une mère ne sauraient prétendre qu'en vertu de cela seul les enfants soient tenus de leur obéir bon gré mal gré qu'ils en aient ; outre que la conception et la naissance n'est pas une chose qui soit au pouvoir des hommes, qui y servent d'instrument. »

Mais s'il est vrai de dire que « le simple acte de génération est bien peu de chose, si l'on en demeure là (1) », il n'en est pas moins exact que cet acte « donne lieu aux père et mère d'acquérir sur leurs enfants un droit valable » et qu'il est en réalité le fondement originel des engagements du père et par conséquent de son pouvoir. On affecte parfois de croire que ce sont des contemporains qui ont imaginé de considérer la procréation comme un quasi-contrat par lequel les parents contractent des obligations vis-à-vis de l'enfant qui reçoit de leur fait l'étincelle de vie qu'il n'a pas souhaitée, de l'enfant « qui vient dans l'enchaînement des générations, à une heure qu'il n'a pas choisie, être pour sa part l'activité qui poussera le monde en avant. » (M. Em. Acollas, *l'Enfant né hors mariage*, p. 106.) En réalité cette idée n'est pas nouvelle. Nous l'avons signalée dans Kant (2), nous la retrouvons dans Barbeyrac. « D'où vient, dit ce dernier (3), qu'un père et une mère sont obligés, plutôt que toute autre personne, d'élever un enfant qui est né d'eux? C'est, à mon avis, parce qu'en s'unissant l'un avec l'autre pour un acte naturellement destiné à la propagation de l'espèce, ils se sont ou doivent du moins s'être tacitement engagés à élever le fruit qui en pour-

(1) Puffendorf, l. VI, ch. II, § 12.
(2) *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit*, § XXVIII et XXIX.
(3) *Notes sur Puffendorf*, l. VI, ch. II, § 4.

rait naître. Car il n'importe quel qu'ait été le motif de leur commerce : et quand même ils ne se seraient proposés que de satisfaire leurs désirs, il suffit que la nature même de la chose qu'ils ne pouvaient ignorer de bonne foi donne lieu de présumer leur engagement. Cela est si vrai que Puffendorf lui-même, voulant prouver que les pères et mères doivent la nourriture à leurs enfants (liv. IV, ch. XI, § 4), a dit qu'en les mettant au monde ils se sont engagés à leur conserver, autant qu'il dépendrait d'eux, la vie qu'ils leur avaient donnée. » « L'acte de la génération, dit dans le même sens Linguet (*Théorie des lois civiles*, t. II, liv. IV, ch. VIII, p. 43), impose plus de devoirs aux individus qui en éprouvent les plaisirs qu'à ceux qui en sont les fruits. »

Donc la génération n'est pas à elle seule un titre suffisant pour légitimer la puissance paternelle; mais elle est le fondement des obligations du père et par conséquent de son pouvoir. *Qui dat finem*, dit Grotius, *dat media ad finem necessaria*. « Or le moyen qu'un père et une mère élèvent bien leurs enfants, s'ils n'ont le pouvoir de diriger leurs actions et de prendre soin de leur conservation, dans un âge où ils ne sont pas encore capables de se conduire et de pourvoir eux-mêmes à leurs besoins, ni de connaître seulement leurs intérêts? Puis donc que quiconque oblige à une fin est censé donner en même temps le pouvoir d'employer les moyens absolument nécessaires pour y parvenir : il s'ensuit que la nature, en ordonnant aux pères et aux mères d'avoir soin de leurs enfants, leur confère sur eux par cela seul autant d'autorité qu'il leur en faut pour cet effet; et par conséquent qu'elle impose aussi aux enfants l'obligation de se soumettre à la direction de leurs pères et de leurs mères, sans quoi le droit de ceux-ci serait inutile (1). »

(1) Puffendorf, l. VI, ch. II, § 4. — Les mêmes idées sont exposées par M. Ahrens, *Cours de droit naturel*, t. II, p. 245.

Il n'y a pas besoin de faire intervenir, comme le fait Puffendorf, le consentement présumé des enfants. « Par cela seul, dit Barbeyrac, que la nature met les enfants dans un état où ils ont absolument besoin d'être secourus et dirigés par autrui et qu'elle charge les pères et les mères de ce soin, elle impose suffisamment aux premiers l'obligation de se soumettre au pouvoir des derniers. »

Des considérations d'un autre ordre, tirées de l'intérêt de la sécurité publique, viendraient confirmer les raisonnements précédents. Les dispositions pénales ont pour but, par la crainte du châtiment, de maintenir l'ordre dans la société. Mais les peines ne viennent point sanctionner d'une façon abstraite les prescriptions de la morale; elles ne peuvent être portées que contre un agent responsable. L'usage de la liberté suppose la responsabilité; quand celle-ci n'existe pas encore ou n'existe plus, la répression n'étant plus possible, l'État est obligé d'avoir recours à des mesures préventives, c'est-à-dire à des mesures restrictives de la liberté individuelle. La puissance paternelle est une de ces mesures. Le père doit surveiller et élever son enfant, de façon à l'empêcher et à le détourner de nuire à la société; et si sa surveillance se trouve en défaut, sa propre responsabilité peut se trouver engagée.

Tous les droits paternels et maternels consistent à conduire les enfants jusqu'à ce qu'ils soient en état de se conduire eux-mêmes par les lois, qui sont la règle de la conduite de leurs parents, et dans un certain honneur que les enfants leur doivent lors même qu'ils sont en état de comprendre et de pratiquer ces lois (1). Quoique tous les hommes soient naturellement égaux et que chacun naisse pour être libre, c'est-à-dire pour avoir le droit de disposer, comme bon lui semble, de sa propre personne, de ses actions, de ses

(1) Nous ne faisons que résumer ici les idées émises par Locke dans la 1re partie de son *Traité du gouvernement civil*.

biens, conformément aux lois sous lesquelles il vit, aucun homme ne se trouve dans cet état en venant au monde. Le défaut de l'usage de la raison et l'impossibilité où sont les enfants de se conserver eux-mêmes et de pourvoir à leurs besoins les soumet nécessairement à la direction et au pouvoir de leurs pères et de leurs mères. Si un enfant n'acquérait jamais un degré de raison suffisant pour se conduire lui-même, « comme il arrive aux innocents et aux lunatiques de naissance, » il dépendrait toujours de la volonté absolue de son père et de sa mère. Mais ce sont là des exemples rares et hors du cours ordinaire de la nature. Aussi les liens de la sujétion des enfants ressemblent à leurs langes et à leurs premiers habits, qui ne leur sont nécessaires qu'à cause de la faiblesse de l'enfance. L'âge qui amène la raison les met en même temps hors du pouvoir paternel et les rend maîtres d'eux-mêmes, en sorte qu'ils sont alors aussi égaux à leurs pères et à leurs mères, par rapport à l'état de liberté, qu'un pupille devient égal à son tuteur, après le temps de la minorité, réglé par les lois.

C'est au moyen de ces raisonnements que les auteurs des dix-septième et dix-huitième siècle parvenaient à établir la légitimité de la puissance paternelle et à lui fixer ses limites naturelles. Cette conception de la puissance paternelle fut celle des Assemblées révolutionnaires. Elle concordait d'ailleurs avec les principes philosophiques sur lesquels reposait la théorie sociale de ces Assemblées. Le législateur met au premier rang de ses préoccupations le sort des individus. « La constitution la plus parfaite disait Vergniaud, le 8 mai 1793, sera celle qui fera jouir de la plus grande somme possible de bonheur et le corps social et *les individus qui le composent.* » Dans cette théorie, ainsi que le fait remarquer M. Laferrière (1), la société est une garantie pour l'homme de la

(1) *Essai sur l'histoire du droit français,* t. II, 1859, p. 239.

jouissance de sa liberté naturelle; elle n'est qu'une forme, un mécanisme en faveur des *droits individuels;* l'individu est le principe et la fin. »

Ces idées conduisaient à l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes. « La différence qui existe entre eux est-elle juste? disait Cambacérès. Peut-il y avoir deux sortes de paternité? » Le rapporteur allait même jusqu'à étendre cette assimilation aux enfants adultérins. « Dans un gouvernement basé sur la liberté, les *individus* ne peuvent être la victime des fautes de leur père. L'exhérédation est la peine des grands crimes; l'enfant qui naît en a-t-il commis? Et si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits du citoyen. » (Rapp. du 4 juin 1793.) Cette assimilation, commencée par le décret du 4 juin 1793, fut rendue complète par le décret du 12 brumaire an II.

Mais les enfants naturels devaient par ailleurs payer les frais de cette générosité exagérée. La famille légitime, menacée dans ses intérêts, se défendit contre leur intrusion. Ils ne purent plus compter que sur la bonne volonté de leurs parents se manifestant, soit par un acte public ou privé, soit par une suite ininterrompue de soins à eux donnés à titre de paternité : à défaut de ces conditions, la recherche de la paternité leur était interdite. Les enfants reconnus jouissaient des droits les plus complets sur la succession de leurs auteurs; mais les autres, moins favorisés, n'étaient pas assurés de trouver des aliments. La Convention aurait dû se rappeler que si les parents ne sont pas tenus, d'après la loi naturelle, de laisser leur héritage à leurs enfants, ils ne peuvent du moins se dispenser de leur fournir des aliments et de pourvoir à leur entretien et à leur éducation.

Les adversaires des doctrines individualistes font un grand reproche à la Révolution d'avoir ce qu'ils appellent ruiné l'autorité du père de famille. « L'amour paternel, dit-on,

avait le privilège de l'indépendance. Nous allons le voir tomber et disparaître, puisque nous arrivons en 1789 et que la Liberté va se lever (1) ! »

On veut de parti-pris ne tenir aucun compte des droits des individus, pour n'envisager que les prétendues libertés des chefs de famille, — libertés qu'on soustrait à la règle commune, de finir là où la liberté d'autrui commence. Il y a dans cette prétention tout au moins un anachronisme. Ce qui fait que les tentatives de restauration de la puissance paternelle sont destinées à rester vaines, c'est qu'elles supposent, comme condition, la transformation radicale de la société : besogne un peu lourde, même pour ces réformateurs à rebours qui, « peu habitués à mesurer la force irrésistible des phénomènes historiques », semblent ne douter de rien, surtout d'eux-mêmes, et qui « cherchent avec une inexpérience enfantine à défaire l'œuvre du temps et à refaire artificiellement le passé. » (Viollet, *Précis*). Avant de proposer un retour à cet heureux temps, où « le père pouvoit à tort ou à droit disposer de la vie et de la mort de ses enfans, sans que les magistrats en peussent prendre cognoissance », le jurisconsulte Bodin avait pris soin de poser les deux définitions suivantes : « République est un droit gouvernement de plusieurs mesnages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine. Mesnage est un droit gouvernement de plusieurs sugets, sous l'obéissance d'un chef de famille et de ce qui luy est propre. » La seconde définition suppose la première. Pour que le père jouît de cette liberté qu'on vante si haut, il faudrait que l'État, au lieu d'être une collection d'individus, ne fût qu'une fédération de familles constituées en sociétés indépendantes sous la direction exclusive de chefs qui compteraient seuls aux yeux de l'État. Ceux qui ne voient pas que depuis l'organisation patriarcale des peuples pasteurs

(1) M. Planteau du Maroussem, *Thèse de doctorat*, Paris, 7 juin 1887.

l'état social s'est modifié sont des gens de peu ou de trop d'esprit qui s'abusent ou qui nous abusent. Quant à ceux qui regrettent les transformations survenues et rêvent de remonter le courant de l'histoire, leurs regrets sont trop sincères pour que nous leur refusions le respect qu'on doit aux personnes d'un autre âge, et si leurs illusions tenaces nous étonnent quelquefois, elles sont bien trop inoffensives pour nous causer la moindre irritation.

Voyons d'abord les énormités dont se sont rendues coupables les Assemblées révolutionnaires en mettant à bas « tous les principes traditionnels ».

Nous ne pouvons de bonne foi ranger dans cette catégorie la décision prise par l'Assemblée législative le 28 août 1792. La puissance paternelle fut, dit-on, abolie. L'Assemblée décréta simplement que les majeurs ne seraient plus soumis à la puissance paternelle, et que celle-ci ne s'étendrait que sur la personne des mineurs. Cette solution, appuyée par Lamoignon, reproduite par le Code civil, est très soutenable (1) : elle ne fait en somme que consacrer le résultat auquel était à peu près parvenu notre ancien droit au moyen des émancipations taisibles.

Arrivons à la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, qui, dans son titre X, art. 15, 16, 17, règle en ces termes l'exercice nouveau du droit de correction :

« Si un père ou une mère ou un aïeul ou un tuteur a des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille dont on ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille assemblée au nombre de huit parents les plus proches ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre, et à défaut de parents, il y sera suppléé par des amis ou des voisins.

(1) V. Aristote, *Politiq.*, l. I, c. ult. et l. V, c. x. — Denys d'Halicarn., *Antiq. Rom.*, l. III. — Grotius, *De jure bell. et pac.*, l. II, c. v, n. 2.

« Le tribunal de famille, après avoir vérifié les sujets de plainte, pourra arrêter que l'enfant, s'il est âgé de moins de vingt et un ans accomplis, sera renfermé pendant un temps, qui ne pourra excéder celui d'une année dans les cas les plus graves.

« L'arrêté de la famille ne pourra être exécuté qu'après avoir été présenté au président du tribunal de district, qui en ordonnera ou refusera l'exécution, ou en tempérera les dispositions, après avoir entendu le commissaire du roi, chargé de vérifier, sans forme judiciaire, les motifs qui auront déterminé la famille (1). »

Certes nous ne partageons pas l'enthousiasme professé par les contemporains pour ces dispositions qui devaient, dans leur attente, produire des résultats merveilleux (2). Mais elles ne nous semblent pas non plus mériter le ridicule dont on essaie parfois de les couvrir.

Nous savons à quoi nous en tenir sur les deux prétendus principes : « *indépendance du père*, *abstention de l'État*, » qui auraient été pratiqués à toutes les époques de notre histoire jusqu'à la Révolution.

L'histoire nous a enseigné au contraire que dans la famille l'individu tendit constamment à se faire sa place personnelle, qu'il vit de plus en plus ses droits consacrés et protégés : grâce à qui? grâce à l'intervention de l'État (3).

(1) La Constituante avait ordonné que tous les jugements fussent motivés.

(2) Guichard, *Traité du tribunal de famille*, Paris, Didot; juin 1791, p. 3 et suiv. « De ce seul pouvoir donné à la famille jaillissent soudain toutes les vertus privées... De là la probité... De là la bonne intelligence et la concorde... De là la piété filiale, l'amour paternel, la haine de la débauche, l'amour conjugal, le goût des plaisirs de la nature : de là ce qu'il y a de plus sublime, de plus aimable et de plus touchant parmi les vertus. »

(3) Le texte suivant nous paraît assez explicite. « Nous avons résolu, dit Louis XIV dans une déclaration du 8 mars 1704, de conserver à la justice et aux magistrats l'autorité dont ils ont besoin, soit pour contenir les mineurs dans les bornes du respect qu'ils doivent à la puissance domestique de ceux auxquels la nature et les lois les ont assujettis, soit pour réparer les abus que ceux qui exercent cette puissance domestique peuvent en faire en quelques occasions particulières, *par la force de la puissance publique à laquelle les uns et les autres*

L'histoire de la puissance paternelle et notamment du droit de correction (1), l'histoire du mariage et l'histoire du droit de tester nous fourniraient de cette évolution des démonstrations suffisantes.

Il ne pouvait donc pas être question d'accorder au père les droits absolus qu'il avait dans l'ancienne Rome (2). La

sont également soumis, et qui leur doit une égale protection. » (Le Ridant, *Code matrimonial.* Paris, 1766, p. 121.) L'école de M. Le Play qui, suivant l'heureuse expression du savant M. Viollet, voudrait s'appuyer sur l'histoire sans l'avoir suffisamment approfondie, aura sans doute de la peine à trouver dans le passage que nous venons de citer la justification de son système historique et l'application des deux principes qui lui sont chers.

(1) « Si les enfants sont grandement punissables, dit en 1775, Dareau (*Traité des injures*, p. 360), lorsqu'ils manquent aux pères et mères, il faut avouer aussi que ceux-ci ne sont pas moins répréhensibles, lorsqu'étouffant les sentiments de la nature, ils oublient ce qu'ils doivent à leurs enfants, ou ne font connaître qu'ils sont pères qu'en exerçant sur eux des sévérités outrées. La justice peut alors venir à leur secours. Le ministère public peut également s'en plaindre pour eux, lorsqu'ils n'ont personne d'assez affectionné pour prendre part à leur situation. — Pour la première fois, il peut être enjoint au père de traiter ses enfants avec plus de douceur et de naturel, lui faire défenses de récidiver dans ses sévérités sans cause légitime, sous telle peine qu'il appartiendra. Si après cette monition, le père ne devient pas plus traitable, *c'est le cas de déclarer les enfants affranchis de son autorité,* de les mettre sous celle d'un de leurs parents pour leur servir de tuteur, ou à défaut de parents de quelque personne qui en prenne soin et de condamner le père à leur payer des aliments et l'entretien jusqu'à ce qu'ils soient en état de gagner leur vie. » Si c'est cela qu'on appelle l'indépendance du père et l'abstention de l'État, à la bonne heure !

Voir d'ailleurs ce que nous avons dit plus haut, p. 129 et suiv., 145 et suiv.

(2) Il faut noter dans notre ancien droit la tentative désespérée faite en ce sens par l'honnête Bodin (*République,* liv. I, ch. IV, Paris, 1577, p. 23 et suiv.). « Il est besoin de rendre aux pères la puissance de la vie et de la mort, que la loy de Dieu et de nature leur donne... Autrement il ne faut pas espérer de jamais voir les bonnes meurs, l'honneur, la vertu, l'ancienne splendeur des Républiques restablies. » — « Après avoir ainsi despouillé les pères de la puissance paternelle et des biens acquis à leurs enfants, on est venu à demander si le fils se peut défendre et repousser la force *injuste* du père par force : et s'en est trouvé (Bartole) qui ont tenu l'affirmative : comme s'il n'y avait point de différence entre celuy qui a commandement et chastiment sur autruy et celuy qui n'en a point. » Suit une comparaison avec le soldat qui ne peut pas regimber contre une punition même injuste infligée par son capitaine. « Mais on dira peut-estre, poursuit-il (p. 28), qu'il y a danger que le père furieux ou prodigue abuse de la vie et des biens de ses enfans. Je responds que les loix ont pourveu de curateurs à telles gens, et leur ont osté la puissance sur autruy, attendu qu'ils ne l'ont pas sur eux-mêmes. » (Comparer avec la fiction de la *querela inofficiosi testamenti*). « Si le père n'est point insensé, jamais il ne luy adviendra de tuer son enfant sans cause ; et si l'enfant l'a mérité, les magistrats ne s'en doivent point mesler. Car

société exerçait depuis longtemps un droit de contrôle, auquel elle n'avait aucune raison de renoncer. Au lendemain de l'ancien régime, après les abus des détentions par voie d'autorité, les scandales des lettres de cachet, on ne voulut pas laisser au père seul un pouvoir qui était de nature à sacrifier les libertés individuelles à un intérêt qui pouvait n'être que privé et, en somme, pas toujours respectable. D'où intervention forcée de la justice. Cette intervention (1) paraissait alors si légitime, si nécessaire, en dehors même du monde révolutionnaire que nous lisons dans le « *Nouveau corps de droit Frédéric pour les États de Sa Majesté le Roi de Prusse* (2) », à l'art. II du titre IX, livre I, partie I, § 18 : « Le père est autorisé à les (ses enfants insoumis) ranger à leur devoir par des châtiments modérés et approuvés par la raison; il peut dans cette vue les enfermer dans sa maison et les contenir dans la soumission. Mais il n'est pas en droit de les traiter tyranniquement, ni de les battre jusqu'à les faire tomber malade; *encore moins de les faire enfermer dans une maison de correction, sans que la justice en ait pris connaissance.* »

l'affection et amour est si grande des père et mère envers les enfans, que la loy n'a jamais présumé qu'ils facent rien qu'au profit et honneur des enfans : et que toute suspicion de fraude cesse pour le regard des pères envers leurs enfans... Mais on répliquera, qu'il s'en est trouvé, qui en ont abusé : soit, je dy, néantmoins, que jamais sage législateur ne laissa à faire une bonne loy, pour les inconvéniens, qui adviennent peu souvent. »

(1) L'avocat général Talon disait déjà en 1680 (Brillon, v° *Débauche*) : « Quand les pères exercent leur justice, quand ils châtient leurs enfants, leur pouvoir est soumis aux juges qui doivent juger leurs jugements. *Judicia vestra judicabo.* »

(2) Trad. de l'allemand par A. A. de C., conseiller privé du Roi. A Halle, à la *maison des orphelins*, 1750, p. 96 et 97. — Ce corps de droit renferme d'ailleurs, en faveur des enfants, des dispositions très détaillées. (Voir part. I, liv. II, tit. III, art. III, § 66, etc.). Plus précis que le droit romain et que notre ancien droit (voire même que nos codes), il décide (part. I, liv. I, tit. IX, art. II, § 26) que « la puissance paternelle finit:.. 4° par l'exposition de l'enfant, soit qu'il ait été exposé dans un lieu public, ou près d'une église ou dans une maison particulière; 5° par l'abus de la puissance paternelle, comme lorsqu'un père traite les enfants tyranniquement, ou lorsqu'il les prostitue, ou les engage à des actions infâmes. »

Reste donc la création du Tribunal de famille, qui devait faire du pouvoir, autrefois absolu, du père une sorte de royauté constitutionnelle (1). A une époque où les souvenirs de la Rome républicaine avaient tant de pouvoir sur les esprits et sur les cœurs, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'on ait essayé de faire revivre l'ancien *consilium propinquorum*. On voyait dans la nouvelle institution une reconstitution de ces magistratures morales, qui suppléaient dans les anciennes sociétés à l'insuffisance des lois (2) et qui permettaient, dans certaines matières délicates, d'éviter l'intervention, parfois un peu brutale, des tribunaux judiciaires (3).

D'ailleurs l'institution d'un conseil ou tribunal de famille (4), qu'on retrouve en Germanie (Tacite, XVIII, XIX),

(1) Notons cependant que ce tribunal de famille ne s'interposait pas quotidiennement entre le père et le fils, qu'il n'intervenait pas dans l'exercice régulier et normal de la puissance paternelle. Son rôle ne commençait que lorsque le père « ayant des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant dont il ne pouvait plus réprimer les écarts » par les moyens ordinaires, allait prendre une résolution extrême, l'emprisonnement du coupable.

(2) « Les loix, dit M. Guignard (*Traité du tribunal de famille*, Disc. prélimin.) n'ont de puissance que sur les actions publiques ; elles ne punissent que les vices scandaleux et les crimes d'éclat ; tout le reste leur échappe ; et pourvu qu'on use de quelques précautions, il est permis à tout le monde d'être fripon, vicieux et dépravé dans sa maison. C'est ce qui a fait dire à une femme de beaucoup d'esprit ces mots pleins de sens : Qui n'est honnête homme qu'aux yeux de la loi n'a droit qu'au respect du bourreau. — Les législateurs ont senti l'insuffisance des loix ; et quand ils ont été de bonne foi, ils ont toujours cherché des suppléments. Le plus puissant, comme le plus naturel de tous, c'est l'influence de la famille sur ses membres : mais il est aisé de voir que, pour pouvoir être utile, cette influence doit avoir des effets politiques, etc. »

(3) « A l'avenir, continuait le même auteur, ce sera dans le sein des familles même que seront étouffées ces divisions intestines qui devenaient le scandale des tribunaux ; et les parents seuls prendront connaissance de ces querelles qu'il leur sera bien plus facile d'apaiser lorsqu'elles n'éclateront plus. »

(4) Dans le dernier droit romain, le tuteur a bien un droit de correction sur son pupille en bas âge. Mais lorsque celui-ci est élevé, le droit de correction est remis à un conseil de famille. (L. uniq. Code, *De emendat. propinquor* : « *In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem. Neque nos in puniendis minorum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed jure patrio auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum, et privata animadversione compescat.* ») Si la grièveté du fait devait entraîner une peine dépassant le droit de correction domestique, il fallait en laisser la connaissance au juge.

n'était pas inconnue de notre ancien droit. Son intervention s'exerçait sous le contrôle du magistrat notamment à l'occasion de la tutelle.

En Touraine, en Anjou, en Normandie, la fille orpheline, placée sous la tutelle de sa mère, ne pouvait au treizième siècle se marier sans l'assentiment de ses parents paternels (1).

Quant à la question spéciale qui nous occupe, l'exercice du droit de correction, nous voyons précisément que dans notre ancien droit le père remarié devait, pour faire emprisonner son fils, obtenir la permission du lieutenant-civil qui prenait l'avis des parents les plus proches (2). Or tous les pères remariés ne sont pas des bourreaux pour leurs enfants : c'était une simple précaution. Il suffit donc qu'en fait il puisse aussi se rencontrer des parents passionnés et injustes pour légitimer les mesures de garantie que l'Assemblée constituante crut devoir généraliser (3).

(1) *Établissements de saint Louis*, liv. I, ch. LXVII. — V. Basnage, *Coutume de Normandie*, sur l'art. 369, t. II, p. 26.

(2) Arrêt du parlement de Provence, 15 oct. 1644. (Boniface, t. V, l. V, t. III, ch. 1).

(3) Rappelons d'ailleurs qu'au conseil d'État, lors de la discussion du code civil, Berlier proposa lui aussi le contrôle du tribunal et du conseil de famille, en préconisant l'intervention de la famille. M. J. Simon (*la Liberté*), M. Legouvé (*Histoire morale des femmes*), M. Beaussire (*les Principes du droit*), sont également partisans d'augmenter les attributions du conseil de famille durant le mariage.

DROIT FRANÇAIS MODERNE.

13

DROIT FRANÇAIS MODERNE.

Il n'y a qu'à ouvrir le Code pénal et à lire, au livre III, la rubrique du § 1, section IV, titre II (*Crimes et délits envers l'enfant*), pour se convaincre que depuis les temps primitifs l'axe du monde moral s'est déplacé.

L'enfant a des droits, le père a des obligations : le respect de ces droits, l'exécution de ces obligations ne sont pas une chose particulière, indifférente à la société. Tels sont les trois principes du droit nouveau, dont les conséquences ne sont pas encore toutes dégagées.

On peut ajouter, sans être taxé de socialisme, que dans toute société organisée le législateur doit accorder une protection spéciale aux personnes incapables de se gouverner et de se protéger elles-mêmes.

Les enfants, eu égard à leur faiblesse naturelle, ont particulièrement besoin de protection. La loi, confirmant la nature, a chargé les parents de ce soin.

Mais si les parents font défaut, la société doit intervenir en leur remplacement : son intérêt l'y engage, son devoir l'y oblige.

Et les parents font défaut, non seulement lorsqu'ils ne sont plus là corporellement, lorsqu'ils sont morts, absents ou in-

connus, mais aussi lorsqu'ils sont comme s'ils n'étaient pas, c'est-à-dire lorsqu'ils sont, par leur impuissance ou leur indignité, incapables physiquement, intellectuellement ou moralement de remplir les devoirs que la loi naturelle et civile leur assigne. Dans les deux cas, les enfants ont le même besoin de protection : ne la rencontrant pas chez leurs protecteurs naturels et ordinaires, leurs parents, ils doivent la trouver au sein de la grande famille, la société.

PREMIÈRE PARTIE.

PROTECTION DES ENFANTS SANS FAMILLE.

Lorsque le père et la mère, protecteurs directs et naturels, viennent à mourir ou à disparaître, les enfants trouvent en général dans leur famille ou dans leur entourage, auprès de leurs parents ou de leurs amis, une protection efficace. Un tuteur est nommé avec un subrogé tuteur. Un conseil de famille est constitué. Le tribunal surveille les intérêts du mineur : l'homologation est exigée pour les actes les plus importants. La faiblesse et l'incapacité se trouvent donc ainsi protégés.

Mais en dehors de ces situations régulières, il en est d'autres auxquelles cette procédure ne s'applique pas. Tous les enfants qui naissent n'entrent pas dans le monde avec un père et une mère, avec une famille. Beaucoup, nés d'unions furtives, de cohabitations passagères, semblent n'appartenir à personne et sont, pour ainsi dire, orphelins dès leur naissance. « Ce ne sont pas moins des hommes, disait l'exposé des motifs de l'art. 58 du C. Nap.; plus ils sont isolés, plus la grande famille leur doit de protection et d'assistance. »

Tous les enfants dont les parents viennent à disparaître,

tous ceux qui se trouvent jetés dans la vie sans soutien, à un âge où ils ne peuvent encore se suffire à eux-mêmes, doivent trouver dans la société qui les entoure la sauvegarde dont ils ont besoin.

Pendant de longs siècles, ils ne purent compter que sur la charité, plus ou moins désintéressée, des particuliers qui pouvaient faire d'eux ce que bon leur semblait. Aujourd'hui, la société, plus intelligente de ses intérêts, plus consciente de ses devoirs, a créé en faveur de ces infortunés un vaste système d'assistance, qui dans le présent leur assure la vie matérielle et leur ménage pour l'avenir une vie honnête et laborieuse. Mais, en dehors de l'assistance publique, il y a encore des personnes généreuses, des associations charitables qui recueillent ces pauvres petits et se chargent de les élever. On comprend d'ailleurs que, si l'on ne veut pas livrer ces enfants, sans contrôle, sans garantie, aux pires exploitations, l'État ne peut pas se désintéresser de leur sort : il doit, par une surveillance active, quoique non vexatoire, s'assurer que ces mainmises sur les enfants ne couvrent qu'un but charitable et ne visent qu'à leur protection.

CHAPITRE I.

DES ENFANTS RECUEILLIS PAR LA CHARITÉ PRIVÉE.

En fait, l'immense majorité des enfants trouvés, abandonnés et orphelins, recueillis par la charité privée, est absolument hors la loi. Ils n'ont, pour la plupart, ni tuteur, ni subrogé-tuteur, ni conseil de famille.

Les inconvénients de cette situation anormale, quoique peu apparents au premier abord, sont cependant certains. Sans doute, en général, cette catégorie d'enfants n'a pas de fortune personnelle. Mais d'abord il peut leur en advenir. Et d'ailleurs ce ne sont pas seulement les biens, mais aussi et surtout la personne de l'enfant que la tutelle a pour but de protéger. L'enfant se trouve donc livré sans défense à son bienfaiteur qui, bien que n'ayant pas reçu, comme le tuteur, de mandat légal, est laissé cependant à l'abri de toute surveillance, à l'abri même de la destitution dont l'art. 444 menace les tuteurs d'une inconduite notoire, incapables ou infidèles. Le défaut de tuteur met obstacle à la conclusion des contrats réglant les conditions de la mise en apprentissage de l'enfant (1); il empêche son émancipation et son mariage.

(1) Notons cependant que la loi du 22 février 1851 (art. 3) accorde au juge de paix, dans le cas où l'enfant n'a personne pour le représenter, le pouvoir de désigner lui-même le représentant.

A quoi tient cet état de choses regrettable, quels remèdes sont de nature à y mettre fin?

A vrai dire, si la loi a été imprévoyante, ce n'est pas par manque de prescriptions. Les prescriptions existent, mais on ne les applique pas. La réforme consisterait donc à les simplifier, à les compléter, à les mieux coordonner.

Voyons d'abord quelles sont, en théorie, les prescriptions concernant les enfants recueillis par la charité privée.

Si l'enfant orphelin est légitime, le Code ordonne la constitution d'une tutelle, avec nomination d'un subrogé-tuteur, d'un conseil de famille, etc. Si l'enfant n'a ni parents, ni alliés, s'il s'agit par exemple d'un enfant naturel, le conseil de famille, par extension de l'art. 409, sera composé d'amis. Les mêmes règles doivent s'appliquer aux enfants trouvés, dont on ignore l'origine.

Quant aux enfants dont les père et mère sont présumés absents, il faut distinguer selon que l'un des parents était ou non déjà décédé lors de la disparition de l'autre.

L'article 142 du Code civil dit que six mois après la dispari tion du père, si la mère était déjà décédée lors de cette disparition ou si elle vient à décéder avant la déclaration d'absence, la surveillance des enfants est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. Cette surveillance est en réalité une tutelle provisoire, puisque le présumé absent était tuteur quand il a disparu (1) (art. 390). Cette tutelle n'étant constituée qu'au bout de six mois, les enfants sont, en attendant, placés sous la protection du tribunal et du ministère public (art. 112 et 114).

Au contraire, lorsque les père et mère ont disparu simultanément ou successivement, la tutelle ne s'était pas ouverte en la personne de l'un d'eux. Ils sont tous deux présumés vi-

(1) Aubry et Rau, t. I, § 160, note. — Laurent, t. II, n° 148.

vants; la puissance paternelle subsiste donc et met obstacle à la constitution d'une tutelle. Le tribunal pourra seulement, sur la réquisition du ministère public, ordonner les mesures qu'il jugera convenables.

Comment se fait-il donc, étant donné ces dispositions, que les enfants, pour la plupart, restent en dehors du régime protecteur de la tutelle?

Cela tient d'abord à ce que la loi n'a pas prévu la façon dont les autorités se mettraient en mouvement. Le ministère public, en dépit de l'esprit général de son institution, reste indifférent. Le juge de paix, que l'art. 406 charge de convoquer, même d'office, le conseil de famille et de procéder à la nomination du tuteur, n'est pas averti en général des cas qui nécessiteraient son intervention. Enfin les droits au profit du Trésor et les frais de greffe auxquels donne lieu la nomination d'un tuteur sont encore un obstacle à la constitution d'une tutelle.

Les remèdes sont faciles à trouver. M. Regnault, dans un article de la *Revue de législation* (t. XXXI), les indiquait dès 1867, et le projet de loi *sur la constitution et l'administration des tutelles* présenté au Sénat, en 1878, par M. Jules Favre, se proposait de les réaliser. Ce projet, fort acceptable dans son ensemble, fut renvoyé à la commission (11 juin 1879), d'où il revint le 28 juin avec une nouvelle rédaction.

Amendé et corrigé à nouveau, amoindri et mutilé, le projet fut voté le 10 février 1881. On s'aperçut alors que l'œuvre ainsi remaniée ne tenait pas debout et, le 14 février, la loi fut repoussée dans le vote sur l'ensemble.

Il y aurait un grand intérêt à reprendre au plus tôt le projet du grand avocat, en l'étendant tant aux enfants orphelins qu'aux enfants trouvés et abandonnés. Ce projet dans ses grandes lignes fournissait au juge de paix le moyen d'être immédiatement averti du décès des personnes laissant des enfants mineurs; il lui faisait une obligation de convoquer

le conseil de famille. Enfin, la constitution et l'administration de ces tutelles, exemptées d'autre part des frais et droits de toute nature, étaient placées sous la surveillance du ministère public « parce qu'il est rationnel et juste, disait avec raison le rapporteur, que les mineurs soient protégés et défendus par celui qui représente la société et a pour mandat spécial d'épouser la cause des faibles, des incapables, des déshérités. »

CHAPITRE II.

DES ENFANTS RECUEILLIS ET ASSISTÉS PAR LA CHARITÉ PUBLIQUE.

Nous savons le double écueil que doit éviter l'assistance publique : d'une part ne pas pousser à bout les parents que la misère empêche absolument de nourrir leurs enfants et ne pas les réduire aux funestes impulsions du désespoir, de l'autre ne pas trop encourager les parents égoïstes ou coupables, pour ne pas sembler les autoriser à se décharger sur la charité publique d'un fardeau dont, avec un peu d'assistance peut-être, ils pourraient venir à bout. L'infanticide comme nécessité dernière, l'abandon comme ressource habituelle, telles sont les deux extrémités dont il faut se garder.

§ 1.

Pendant la période révolutionnaire, l'acte de naissance étant seul exigé, le nombre des admissions s'était considérablement augmenté. Aussi le ministre de l'intérieur Chaptal (circul. du 23 ventôse an IX) prescrivit-il aux administrateurs des hôpitaux « de ne conserver à la charge de la nation que les enfants de parents inconnus..., la bienfaisance des administrations locales devant prendre soin de tous les autres. »

Le décret-loi du 19 janvier 1811 ne maintint pas cette restriction. En même temps qu'il décidait l'établissement de tours dans les hospices dépositaires (un au plus par arrondissement), il déterminait ainsi les pupilles dont l'éducation était confiée à la charité publique :

1° Les enfants trouvés, c'est-à-dire ceux qui, nés de pères et mères inconnus, ont été trouvés exposés dans un lieu quelconque ou portés dans les hospices destinés à les recevoir.

2° Les enfants abandonnés, c'est-à-dire ceux qui, nés de pères et mères connus et d'abord élevés par eux ou par d'autres personnes à leur décharge, en ont été délaissés sans qu'on sache ce que les père et mère sont devenus ou sans qu'on puisse recourir à eux.

3° Les orphelins, c'est-à-dire ceux qui n'ayant plus ni père ni mère n'ont aucun moyen d'existence.

Malgré les termes très nets de ce décret, l'administration, effrayée par le chiffre croissant des admissions, chercha à se décharger sur les communes ou les départements des dépenses des orphelins pauvres.

Le règlement du 8 février 1823 (IVe partie, ch. I) assimila aux enfants abandonnés les enfants des détenus, prévenus, accusés ou condamnés; mais il décidait d'autre part que les enfants de parents indigents ou orphelins ne devaient pas être rangés parmi les enfants abandonnés, qu'ils ne pouvaient être classés que « parmi des orphelins pauvres et les enfants de familles indigentes à la charge exclusive des hospices ou secourus à domicile. » Ce même règlement, fidèle à son but, compliquait les formalités des admissions, fixait pour les entrées la limite de douze ans, et recommandait d'appliquer les articles 348 à 353 du Code pén., avec « la réserve nécessaire toutefois pour ne pas s'exposer à amener des infanticides en voulant prévenir les expositions (1) ».

(1) La jurisprudence fut unanime pour ne pas appliquer les articles du Code pénal aux parents qui portaient leur enfant au tour. (Dalloz, 1844, I, 87, etc.)

Ce règlement était illégal. Un avis du conseil d'État (20 juillet 1842) vint ultérieurement mettre à néant la distinction arbitraire faite entre les abandonnés et les orphelins.

D'ailleurs, malgré la suppression graduelle (1) ou la surveillance des tours, le nombre des admissions ne diminua pas. C'est alors que pour obtenir « une réduction considérable dans le nombre et dans la dépense des enfants trouvés », une circulaire ministérielle du 21 juillet 1827 ordonna la mutation en masse de tous les enfants placés en nourrice. « Si les enfants sont encore dans le premier âge, dit à ce sujet M. Remacle dans son étude sur les hospices d'enfants trouvés en Europe (p. 268), on les enlève à des nourrices éprouvées pour les donner à d'autres dont le lait leur conviendra moins ou ne leur conviendra pas du tout. S'ils sont entrés dans la seconde, dans la troisième période de l'enfance, on brise des liens d'affection, des habitudes prises, une éducation commencée. On soumet indistinctement au hasard d'un voyage et d'un changement de climat et de genre de vie des êtres faibles, pour qui toute fatigue est mortelle... On a fait le calcul de la diminution de dépenses amenée par l'emploi de cette mesure. Si l'on supputait les décès qu'elle a entraînés, on verrait ce que coûtent en hommes ces économies d'argent. » L'opinion publique s'émut, Lamartine parla, et la mesure barbare fut rapportée.

Depuis un arrêté du 25 janvier 1837, les enfants, malgré

(1) 9 tours furent fermés de 1813 à 1823, 35 de 1823 à 1834, 25 en 1835, 32 en 1836, 16 en 1837. — Il n'en restait plus au moment de l'enquête de 1860 que 25, dont 13 soumis à une surveillance.

Nous ne voulons pas entrer ici dans la querelle, un peu apaisée aujourd'hui, entre les partisans et les adversaires des tours. On a dit que la suppression des tours avait amené une augmentation dans le nombre des infanticides. Cela peut être vrai pour les départements où les conseils généraux, trop uniquement préoccupés d'économie, cherchent à restreindre plus que de raison les admissions: mais nous croyons que l'admission à bureau ouvert, telle qu'elle fonctionne à Paris et dans beaucoup de départements, donne satisfaction à tous les besoins.

les tours, n'étaient reçus à Paris que sur le vu d'un procès-verbal d'un commissaire de police visé par le préfet de police, constatant l'exposition ou le délaissement. (Voir l'arrêté du 6 août 1845.) Depuis 1860, le conseil général de la Seine n'ayant cessé de déclarer qu'il faut, avant toute considération budgétaire, sauver la vie des enfants, ceux-ci sont admis, soit directement à l'hospice, soit par l'intermédiaire des commissaires de police : cet intermédiaire est exigé aujourd'hui toutes les fois que l'abandon est fait par une sage-femme. La seule pièce à fournir est le bulletin de naissance de l'enfant : les parents qui veulent garder l'anonyme ont soin de faire inscrire à l'état civil le nouveau-né comme issu de père et mère non dénommés. L'admission à bureau ouvert, telle qu'elle fonctionne à Paris ne peut soulever aucune critique : suivant la belle expression de Lamartine, la charité y a des bras pour recevoir, mais nôn des yeux pour voir ou des oreilles pour entendre.

En province, comme les conseils généraux auxquels la loi du 18 juillet 1866 (art. 1, § 16), confirmée par la loi du 10 avril 1871 (art. 46), a conféré le pouvoir de « statuer définitivement sur le service des enfants assistés », ont des ressources restreintes et des besoins à satisfaire multiples, ils se préoccupent surtout de diminuer les dépenses en restreignant les admissions. Les préfets décident, après une enquête poursuivie par les inspecteurs départementaux avec un zèle parfois excessif (1).

(1) M. Thulié, dans son rapport au conseil général de la Seine (1879) cite l'exemple d'un individu ayant épousé une femme qui avait déposé un petit garçon à l'hospice d'Alger et ayant été actionné, au bout de huit ans, en remboursement des frais occasionnés par cet enfant dont il ignorait absolument l'existence.

Plusieurs conseils généraux auraient voulu qu'on donnât aux commissions administratives le droit de rechercher les mères des enfants déposés. La plupart des auteurs pensent que ce droit existe même en l'absence d'une disposition expresse, mais que les commissions font bien de n'en pas user. (Durieu, v° *Enfant exposé.*)

§ 2.

Les enfants, une fois admis (1), sont immatriculés (2), puis ils reçoivent un nom et sont présentés par les administrateurs (à Paris par les commissaires de police) au bureau de l'état civil (3) : le délai ordinaire de trois jours est pour eux porté à dix jours. Ils ne doivent séjourner à l'hospice dépositaire que le temps strictement nécessaire : en attendant qu'ils soient emportés par des femmes de la campagne, ils sont confiés à des nourrices sédentaires (l. 5 mai 1869) ou, à défaut, nourris au biberon.

Aujourd'hui les nourrices sont fournies et le placement des enfants à la campagne assuré, non plus par des meneurs, mais, depuis 1821, par des préposés domiciliés en province et chargés d'une circonscription déterminée. Les instructions exigent que les nourrices élèvent les enfants au sein, qu'elles aient un berceau et une habitation saine : elles doivent d'ailleurs fournir les certificats d'usage. (Circ. minist. 12 mars 1841.)

Les enfants mis en nourrice ne doivent rentrer à l'hospice qu'en cas d'infirmités ou de maladies leur rendant tout travail impossible. (Arr. 30 vent. an V, art. 5. — Circ. minist. 3 août 1869.) Un arrêté préfectoral, pris de concert avec le conseil

(1) Les enfants trouvés ou abandonnés doivent rester à la charge du département où l'enfant a son domicile de secours, c'est-à-dire en principe au département dans lequel la mère a, au moment de la naissance, son domicile habituel. Mais la jurisprudence ministérielle décide que du moment qu'une femme enceinte est venue dans une localité avant son accouchement en témoignant l'intention de s'y fixer, qu'elle s'est livrée au travail et qu'elle continue effectivement à y séjourner après la naissance de son enfant, elle acquiert pour lui le domicile de secours, et alors le rapatriement sur le département d'origine de la mère n'est pas admis.

(2) Le numéro du registre est attaché à l'enfant (autrefois au moyen de boucles d'oreilles, aujourd'hui au moyen d'une médaille attachée à un collier).

(3) Il peut arriver ainsi que les enfants possèdent deux actes de naissance différents.

général, fixe le tarif des pensions (1). Ces pensions, en vertu du décret de 1811 et des instructions de 1823, cessaient à douze ans révolus. La loi du 28 mars 1882 a forcé la plupart des conseils généraux à les continuer jusqu'à la treizième année accomplie. Outre la pension et à titre d'encouragement, les nourriciers reçoivent des indemnités dites réglementaires (Arr. 30 ventôse an V, L. 5 mai 1869), la première (18 francs) payable par tiers de trois mois en trois mois, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de neuf mois; la deuxième (50 francs) accordée au nourricier qui a élevé un pupille jusqu'à douze ans; la troisième (50 francs) donnée à titre de frais de trousseau aux personnes chez qui sont placés les enfants de douze ans.

§ 3.

Ces indemnités sont destinées à favoriser le placement définitif des enfants « chez des cultivateurs, artistes ou manufacturiers », où ils resteront jusqu'à leur majorité pour y apprendre un métier ou profession conforme à leurs goûts et à leurs facultés. L'art. 14 du décret du 30 ventôse an V ajoutait que les nourrices et autres habitants qui avaient élevé les enfants pourraient naturellement les conserver de préférence à tous autres.

Le décret du 9 janvier 1811 portait que les enfants resteraient en nourrice ou en sevrage jusqu'à six ans, qu'à cet âge ils seraient autant que possible mis en pension chez des cultivateurs ou des artisans, le prix de la pension devant décroître chaque année jusqu'à l'âge de douze ans, époque à laquelle les enfants mâles seraient mis à la disposition du ministre de la marine (art. 16). Il ne paraît pas que le ministre ait

(1) Un arrêt de cassation du 28 janvier 1850 a déclaré les mois de nourrice et pensions insaisissables en vertu de l'art. 581 *Code de procédure.*

jamais usé du droit qu'on lui conférait (1). Le même décret décidait que les enfants dont l'État n'aurait pas autrement disposé seraient autant que possible mis en apprentissage, les garçons chez des laboureurs ou des artisans, les filles chez des ménagères, des couturières ou autres ouvrières, ou dans des fabriques et manufactures. Les contrats d'apprentissage ne devaient stipuler aucune somme en faveur ni du maître ni de l'apprenti; ils garantissaient seulement au maître les services gratuits de l'apprenti jusqu'à un âge ne pouvant excéder vingt-cinq ans et à l'apprenti la nourriture, l'entretien et le logement. Cette dernière mesure compromettait les intérêts des pupilles. On revint assez vite à l'ancien système (règlement de 1797), c'est-à-dire à maintenir les enfants à la campagne après la cessation de la pension et à faire des transactions particulières avec ceux qui se chargeaient des enfants, en assurant autant que possible les intérêts des pupilles (2).

§ 4.

Nous avons vu les efforts plus ou moins infructueux tentés par les assemblées révolutionnaires pour affecter des fonds au service des enfants assistés. Un arrêté du 25 floréal an VIII avait affecté au paiement des mois de nourrice, les portions d'amendes et confiscations attribuées antérieurement aux hôpitaux, aux maisons de secours et aux pauvres.

Par le décret du 19 janvier 1811 (tit. 5, art. 11), les hos-

(1) L'art. 16 a été abrogé tacitement par les lois sur le recrutement (Dalloz, *Répertoire*, Minorité, Tutelle, n° 717) et par le principe d'égalité posé dans nos chartes et constitutions.

(2) Les maîtres ou patrons qui prennent des enfants en apprentissage s'engagent à les soigner et à leur donner l'éducation conforme à leur état. Les contrats d'apprentissage sont soumis à l'approbation du préfet; ils n'engagent l'enfant que jusqu'à seize ans. A l'expiration de cet engagement, il en est contracté un nouveau qui stipule en faveur de l'enfant des avantages proportionnés aux services qu'il peut rendre. Mais ces engagements sont en réalité illégaux, puisque le décret de 1811 n'a pas été abrogé.

pices dépositaires avaient la charge de la fourniture des layettes et de toutes les dépenses dites intérieures. Une somme annuelle de quatre millions était inscrite au budget de l'État pour contribuer au paiement des mois de nourrice et des pensions. L'art. 12 ajoutait que « s'il arrivait après la répartition de cette somme qu'il y eût insuffisance, il y serait pourvu par les hospices au moyen de leurs revenus ou d'allocations sur le fonds des communes. »

Cet article 12 fut abrogé par les lois de finances des 25 mars 1817, 15 mai 1818 et 19 juillet 1819, qui mirent les dépenses dites extérieures à la charge des départements, avec le concours éventuel des communes, et firent ainsi retomber sur eux les charges jadis supportées par l'État. Rien n'étant changé à la situation des hospices, les établissements hospitaliers qui n'étaient pas chargés de la réception des enfants ne contribuaient en rien aux dépenses (1).

La loi du 5 mai 1869 eut pour objet de décharger les hospices dépositaires dont plusieurs ployaient sous le faix et d'établir le principe de la contribution de l'État aux dépenses.

Cette loi divise les dépenses en dépenses intérieures, dépenses extérieures, dépenses d'inspection et de surveillance.

Les dépenses intérieures comprennent : 1° les frais occasionnés par le séjour des enfants à l'hospice ; 2° les dépenses de nourrices sédentaires ; 3° les layettes.

Les dépenses extérieures comprennent : 1° les secours temporaires destinés à prévenir ou à faire cesser l'abandon ; 2° les prix de pension et allocations réglementaires ou exceptionnelles, les primes aux nourriciers, les frais d'école et fournitures scolaires ; 3° les frais de vêtures ; 4° les frais de déplacement des nourrices et de transport des enfants ; 5° les frais de maladie et d'inhumation, etc.

(1) Une instruction ministérielle du 15 juillet 1811 avait essayé, mais en vain, de réagir contre cette inégalité choquante. — Un arrêt du conseil d'État (7 avril 1859) confirma la jurisprudence qui exemptait les hospices non dépositaires.

Les dépenses d'inspection comprennent les traitements et frais de tournées des inspecteurs et sous-inspecteurs, et généralement les frais occasionnés par la surveillance du service.

Les frais d'inspection et de surveillance sont mis à la charge de l'État; ce qui eut pour conséquence de permettre au ministre de l'intérieur de centraliser entre ses mains les attributions des inspecteurs départementaux. (Décret du 21 juillet 1870.)

Les hospices sont exemptés de toute contribution (1).

Les dépenses intérieures et extérieures sont payées dans chaque département sur :

1° Le produit des fondations, dons et legs spéciaux faits à tous les hospices du département au profit des enfants assistés;

2° la portion des amendes de police correctionnelle abandonnée par l'État au service des enfants assistés (le tiers du produit des amendes de police correctionnelle (Arrêté 25 floréal an VIII; Circul. 30 déc. 1823, art. 5), le tiers des amendes pour le transport illégal des lettres et la totalité des amendes pour exercice illégal de la médecine. (Lois du 19 vent. et 21 germin. an XI; arrêté du Min. des Fin. 16 déc. 1863; Circul. du Min. de l'Intér. 24 févr. 1875.)

Une fois que les produits des fondations et legs et des amendes correctionnelles ont été répartis proportionnellement entre les dépenses extérieures et les dépenses intérieures, si ces deux produits (2) sont insuffisants pour couvrir le montant des dépenses, le département est tenu de fournir le surplus tant sur ses ressources propres qu'au moyen du contingent des communes et de la subvention de l'État.

(1) « Les hospices ayant des destinations spéciales et des circonscriptions territoriales restreintes, disait le rapporteur, toute dépense qu'on leur impose avec une affectation générale contrevient au but de leur fondation et aux intentions de ceux qui les ont dotés. »

(2) La circulaire de 1869 disait que ces ressources doivent profiter de préférence au service intérieur.



Le *contingent des communes*, d'après la loi de finances du 25 mars 1817, n'est qu'un concours accessoire. « Il est destiné seulement, disent les circulaires et instructions des 27 mars 1817, 1er juin 1818 et 20 juillet 1819, à remédier à l'insuffisance que pourraient présenter les revenus des hospices appelés à recueillir les enfants et les fonds départementaux, après avoir réuni à l'allocation que permettent ces fonds, la portion du produit des amendes et confiscations attribuée au même service. »

L'instruction du 8 février 1823 invita les conseils généraux à émettre chaque année leur avis sur la somme pouvant être mise à la charge des communes et sur les bases de la répartition (1). Enfin les circulaires des 21 août 1839 et 3 août 1840 fixèrent au cinquième des dépenses extérieures la limite extrême du concours des budgets communaux. La loi du 5 mai 1869 a reproduit ces diverses dispositions.

Le *contingent de l'État* est fixé au cinquième des dépenses intérieures. Ici une grosse difficulté. La circulaire ministérielle du 3 août 1869 déclarait que les communes supporteraient un cinquième des dépenses extérieures, et l'État un cinquième des dépenses intérieures, déduction faite du produit des legs spéciaux et des amendes de police correctionnelle.

Les rares départements, dont les hospices avaient des fondations particulières, étaient intéressés à prétendre que le cinquième représentant le contingent de l'État devait être calculé sur le montant exact des dépenses intérieures de l'exercice clos.

Un arrêt du conseil d'État du 24 février 1882, lu en

(1) Plus tard le ministre recommanda comme base de répartition « le revenu ordinaire de chaque commune combiné avec le chiffre de la population. » Mais les conseils généraux sont libres de choisir le mode de fixation qu'il leur plait. Toutes les communes doivent en principe fournir leur part du contingent.

séance publique le 3 mars 1882, donna raison au département du Doubs qui, bien que possédant des revenus supérieurs à 53,000 francs provenant d'anciennes fondations faites en faveur des enfants trouvés, alors que ses dépenses intérieures ne montent qu'à 12,000 fr., réclamait cependant à l'État le remboursement du cinquième des dépenses intérieures. Cet arrêt déclarait qu'«en fixant la subvention de l'État au cinquième des dépenses intérieures, le législateur a entendu déterminer la quotité de cette subvention, mais non mettre seulement à la charge de l'État le cinquième des dépenses intérieures dans le cas où le montant de ces dépenses ne serait pas couvert par le produit des legs spéciaux et des amendes de police correctionnelle ». C'était l'affirmation pure et simple de ce qui précisément était en question.

Fort de son droit, le ministère, en 1883, pria le conseil d'État d'étudier à nouveau, et d'une manière générale, la question du contingent; et les 21 juin et 5 juillet, revenant sur sa première opinion, le conseil émit l'avis « que les contingents dus par l'État et les communes ne doivent être calculés qu'après déduction faite sur la dépense des deux services auxquels ils s'appliquent, du produit des fondations, dons, legs et amendes de police correctionnelle. » En effet c'est le budget départemental qui a en principe la charge des dépenses intérieures et extérieures des enfants assistés. Mais le département ne prend sur ses ressources propres que si les produits des fondations et legs et des amendes correctionnelles sont insuffisants. C'est alors que, pour aider le département, l'État lui accorde une subvention égale au cinquième des dépenses intérieures restant à sa charge. Si cette subvention était calculée sur le montant total des dépenses intérieures, dans le cas où la part de l'État jointe au produit des fondations et amendes de police correctionnelle suffiraient à couvrir la dépense, le département serait complètement exonéré, et l'État deviendrait débiteur prin-

cipal et direct, ce qui serait contraire au texte et à l'esprit de la loi.

§ 5.

D'après la loi du 15 pluviôse an XIII et le décret du 19 janvier 1811, les enfants admis dans les hospices sont placés sous la tutelle des commissions administratives de ces établissements (1), qui désignent un de leurs membres pour remplir les fonctions de tuteur (2), les autres formant le conseil de famille. A Paris, la loi du 10 janvier 1849 conféra cette tutelle au directeur de l'assistance publique (3). Cette tutelle dure jusqu'à la majorité des enfants (4) ou à leur émancipation par mariage ou autrement; elle cesse par la réclamation des parents légitimes ou naturels (5). Elle a les

(1) Si les enfants ont encore leur père ou leur mère ou des ascendants, ni les uns ni les autres ne peuvent prétendre aucun droit sur le gouvernement de la personne et l'administration des biens. (Trib. civ. du Puy, 29 juill. 1861. — Dalloz, 62, 3, 14.)

(2) Il n'y a pas lieu de nommer de subrogé-tuteur. C'est la commission qui, dans son ensemble, exerce la tutelle : elle nomme des tuteurs *ad hoc* pour passer les baux, accepter les donations et les successions, exercer les actions, consentir les hypothèques, les aliénations et les transactions. Comme ces tuteurs cessent de l'être lorsque la fonction particulière pour laquelle ils ont été nommés est remplie et que d'autre part ils ne manient pas les deniers puisque ce sont les receveurs des hospices qui ont l'administration des biens des pupilles, ce sont les cautionnements des receveurs et non les biens des administrateurs tuteurs qui servent de garanties à la tutelle.

(3) Le conseil de surveillance de l'Assistance publique n'est pas chargé de remplir les fonctions de conseil de tutelle, de sorte que le directeur de l'Assistance, tuteur légal sans conseil de famille, a les pouvoirs du père pendant le mariage. Cependant la loi du 27 février 1880, en ce qui touche l'aliénation des valeurs mobilières, a confié au conseil de surveillance de l'Assistance publique les fonctions attribuées au conseil de famille. C'est évidemment une inadvertance.

(4) En cas de placement, la commission pourra, par acte visé par le Préfet, déférer la tutelle à la commission de l'hospice le plus voisin du lieu de la résidence actuelle de l'enfant. En aucun cas la tutelle ne peut être déférée soit à une association, soit à un bienfaiteur, sauf au patron de l'apprenti. (C. Bordeaux, 28 nov. 1833. — Dalloz, *Répert. de législ.* Instr. crim. n° 95.)

(5) C. Colmar, 5 avril 1838.

mêmes effets que la tutelle ordinaire en ce qui concerne le domicile. (Cour de Colmar, 10 nov. 1831.)

Quant au caractère de cette tutelle, le rapporteur, Regnauld de Saint-Jean d'Angely, le précisait en disant : « Le gouvernement a dû s'occuper d'assurer le sort des enfants abandonnés, de créer pour eux, à la place des parents qu'ils ne connurent jamais ou qu'ils ont perdus, une paternité sociale qui exerçât tous les droits, toute la puissance de la paternité naturelle, et qui en suppléât les soins, la vigilance et la protection. »

La commission administrative est donc investie, à la place de la famille, des droits attribués aux pères et mères par le Code civil :

1° *Droit de garde.* Les commissions hospitalières placent leurs pupilles de préférence à la campagne, mais aussi chez des industriels ou des personnes charitables (1). Elles peuvent les confier à un tuteur officieux qui exercera sur eux les droits de garde et d'éducation. Quant au droit de correction, dans cette hypothèse, nous pensons que la commission le conserve à l'instar du père (2); en fait, elle l'abandonnera au tuteur en qui elle a mis sa confiance. La commission conserve également le droit de consentir à l'émancipation et au mariage. La cour d'Angers (26 juin 1844) a décidé que le décès du tuteur officieux survenu pendant la minorité du pupille ne faisait pas retomber ce dernier sous la tutelle de l'administration hospitalière. M. Léon Béquet (*Régime et législation de l'assistance en France*) critique cette jurisprudence et pense, avec raison, que la tutelle de l'administration dérivant d'une sorte de paternité fictive, la tutelle officieuse a pu l'exonérer, mais non l'anéantir (3).

(1) Le tiers auquel l'enfant est confié n'est pas substitué à la commission administrative dans la qualité de tuteur. (Bordeaux, 28 nov. 1833.)

(2) Proudhon, Duranton, Demolombe, Aubry et Rau.

(3) M. Demolombe (*Minorité*, t. II, n° 399) admet le principe, mais avec des tempéraments possibles tirés de l'intérêt des enfants.

2° *Droit de correction.* La commission hospitalière, en cas d'inconduite persistante d'un pupille, peut requérir du président du tribunal son envoi dans un établissement pénitentiaire, à titre de correction paternelle (art. 376, 377 du Code civil). Les colonies agricoles, spécialement la colonie de Mettray, et les Bons-Pasteurs sont surtout désignés pour recevoir ces enfants indisciplinés (1).

3° *Droit de consentir :*

A l'émancipation des pupilles âgés de 15 ans (fait extrêmement rare);

A l'engagement militaire;

A l'engagement décennal dans l'instruction;

Au mariage et au contrat de mariage. Le consentement des commissions hospitalières n'a été exigé par aucune loi. Mais la doctrine et la jurisprudence en ont décidé ainsi, en raison des pouvoirs généraux conférés par la loi aux commissions et à cause des nécessités de la pratique. La commission exerçant tous les droits de la paternité naturelle, les garçons avant 25 ans et les filles avant 21 ans ne peuvent se passer d'autorisation (2). La commission pourra, au même titre que le père, faire opposition au mariage.

4° Les biens des enfants admis dans les hospices sont administrés par le receveur de l'hospice et sous sa responsabilité (Loi du 15 pluv. an XIII). C'est lui qui doit remplir les formalités pour la mise en possession des héritages, presser les débiteurs en retard, empêcher les prescriptions, veiller à ce que les locataires et fermiers satisfassent à leurs obligations, assurer les réparations, toucher les intérêts et les arrérages, etc. Mais c'est la commission qui décide du sort des biens. Elle

(1) La loi du 5 août 1850 réservait aux garçons un quartier distinct de la Petite-Roquette, et le décret du 30 sept. 1807 avait autorisé le *couvent de la Madeleine* à recevoir les filles.

(2) M. Demolombe (*Minorité*, t. II, n° 396) pense que la limite doit être uniformément ramenée à vingt et un ans, comme lorsque les ascendants font défaut. — En fait garçons et filles se marient librement à partir de cet âge.



doit être assimilée alors à un conseil de famille et n'est pas soumise à la nécessité de l'autorisation supérieure. (Loi du 7 août 1851, art. 8, 9 et 10; Loi du 28 pluv. an VIII, art. 4.) Elle statue souverainement, sauf homologation du tribunal dans les cas où le Code civil l'exige. (Dalloz, *Répert.* Secours publics, n° 210.) Les capitaux, depuis la loi du 20 février 1880, doivent être employés dans le délai de trois mois. Les revenus sont perçus jusqu'à la sortie de l'hospice (1) *à titre d'indemnité* des frais d'entretien. (Loi du 15 pluv.) La cour de Bordeaux (11 mars 1840) a jugé que les revenus excédant les dépenses occasionnées par le pupille devaient profiter aux autres enfants et aux hospices chargés de l'entretien du service. On invoque en faveur de l'opinion contraire un arrêt de cassation du 21 mai 1849 et une considération d'équité, qu'on fait également valoir pour faire mettre en réserve au profit des enfants les intérêts des économies amassées par eux.

Si l'enfant décède sans héritiers, ses biens appartiennent à l'hospice (Loi du 15 pluv.), qui est affranchi des droits de mutation. (Décis. minist. du 23 juin 1859). S'il y a des héritiers, ils doivent pour recueillir la succession de l'enfant, indemniser l'hospice de ses déboursés, déduction faite des revenus qu'il aurait perçus (Loi du 15 pluv.).

Depuis la loi du 5 mai 1869 qui a exonéré les hospices, les revenus et successions dont nous venons de parler sont encaissés par les budgets départementaux (2).

Si l'enfant décède en majorité, sa succession est régie d'après les principes généraux de la matière. S'il meurt *ab intestat*, comme il n'a ni ascendants ni collatéraux, il ne peut avoir pour héritiers que ses descendants et, à leur défaut, son conjoint ou le fisc. Il peut disposer librement de

(1) L'enfant n'est réputé sorti de l'hospice qu'à l'époque de son émancipation, de sa majorité ou de la reconnaissance par ses parents, suivie de retrait, et non par le fait de son placement en apprentissage. (Bordeaux, 11 mars 1840.)

(2) Morgand, Répert. génér. d'administr. *Enfants assistés,* n° 153.

ses biens au profit de toute personne, ne devant une réserve qu'à ses descendants et non à ses père et mère, à moins qu'ils ne réclament dans le délai prescrit par l'art. 329.

N'ayant ni père ni mère aux yeux de la loi, l'enfant abandonné est habile à recueillir tous les legs qui lui sont destinés. Tant qu'il n'est pas reconnu, que sa filiation n'est pas établie, on ne peut lui opposer aucune incapacité. Les héritiers du père, pour justifier l'incapacité de l'enfant légataire ou donataire ne sont pas plus admis à prouver les liaisons illicites et criminelles du défunt avec la mère que l'enfant ne serait admis à établir sa filiation contrairement aux règles du code.

5° Les parents qui veulent reconnaître et réclamer leurs enfants (1) doivent se conformer aux règles ordinaires. Mais avant d'exercer aucun droit, les parents devront, s'ils en ont les moyens, rembourser toutes les dépenses faites par l'administration ou par les hospices (2) : l'enfant est ainsi soumis à un véritable droit de rétention. (Décr. du 19 janv. 1811; arr. minist. 26 oct. 1813.) L'administration pourra refuser ou ajourner la remise des enfants, si les parents ne lui semblent pas présenter les garanties suffisantes (3). Si les parents insistent, les tribunaux prononceront après un débat contradictoire (4).

(1) Pour faciliter leurs recherches, l'art. 58 du Code civil dit que sur le procès-verbal constatant la trouvaille d'un enfant exposé et la description des vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, il sera fait mention de l'âge apparent de l'enfant, de son sexe, des noms à lui donnés et de l'autorité civile à laquelle il sera remis.

(2) Si les parents sont honorables et animés de bons sentiments, ils peuvent être exonérés de tout remboursement. A l'origine, le ministre s'était réservé de statuer sur les remises gratuites. D'après le décret de 1811, ce serait la commission hospitalière qui devrait statuer sur la remise et le Préfet sur la question de remboursement ou de non-remboursement. En fait, les inspecteurs en province et le directeur de l'Assistance publique à Paris ont centralisé tout le service.

(3) L'instruction ministérielle du 8 février 1823 exigeait un certificat de moralité délivré par le maire de la commune et constatant l'existence de ressources suffisantes.

(4) Le plus souvent les parents n'insisteront pas. Mais comme il n'y a pas

Les enfants peuvent de leur côté intenter une action en réclamation d'état, suivant les règles ordinaires. S'ils réclament l'état d'enfants légitimes, ils devront fournir les titres et preuves indiqués au Code (Liv. I, tit. VII, ch. II) : acte de naissance, possession d'état, commencement de preuve par écrit, papiers domestiques. S'ils n'aspirent qu'à l'état d'enfants naturels, ils ne pourront administrer d'autre preuve vis-à-vis de leur père qu'une reconnaissance authentique : à l'égard de leur mère, il leur suffira de faire constater leur identité, s'ils ont un commencement de preuve par écrit. Enfin s'ils tiennent à faire établir une filiation adultérine ou incestueuse, ils devront justifier de leur origine par une preuve judiciaire indirecte.

6° Les commissions hospitalières auxquelles la loi de pluviôse et le décret de 1811 avaient conféré la tutelle des pupilles étaient dans l'impossibilité de remplir la mission qu'on leur avait confiée. Comme l'expliquait l'enquête de 1860 (p. 114), les membres de ces commissions, choisis parmi la population active du pays, ayant à remplir des fonctions importantes, à satisfaire aux exigences de leur profession, à surveiller la gestion de leurs intérêts privés, ne pouvaient, quel que fût d'ailleurs leur zèle et leur désir de bien faire, surveiller personnellement les pupilles disséminés dans la campagne. Aussi, dans son rapport de 1849, M. de Watteville constatait les tristes résultats de ce défaut de surveillance sur des adolescents ayant dépassé leur douzième année (1). « Très peu d'enfants trouvés savent lire, disait-il,

ou déchéance de la puissance paternelle, la tutelle hospitalière ne pourra pas juridiquement faire échec au droit des parents. (Colmar, 5 avril 1838. — Dalloz, *Répertoire*, Minorité, Tutelle, n° 716; Demolombe, liv. II, n° 397.) Si, en dehors du père ou de la mère, d'autres parents réclament un enfant, la tutelle hospitalière ne cessera que si ce sont des ascendants, tuteurs légitimes de leurs descendants et tenus envers eux à une obligation alimentaire. (Dalloz, *Sec. publics*, n° 215. — Durieu et Roche, *Répertoire*, Enfants trouvés.)

(1) M. de Bondy, préfet de la Seine, disait dans un rapport que parmi les vagabonds qui se présentent pour obtenir des secours de route, c'est-à-dire « le

encore moins savent écrire (1)... Les filles sont plus difficiles à placer que les garçons, la grande majorité d'entre elles se livrent à la prostitution (2). »

Le décret de 1811 prescrivait bien que les enfants assistés fussent visités deux fois par an par un commissaire spécial ou par les médecins vaccinateurs ou des épidémies. Mais les commissions hospitalières déjà surchargées ne pouvaient en outre solder des inspecteurs, et les départements qui depuis la loi de finances de 1817 restaient chargés du paiement des mois de nourrices et pensions, se contentaient de charger des médecins de faire des visites à des époques indéterminées.

La circulaire ministérielle du 12 mars 1839 encouragea la

moyen d'errer en France sans but et sans espoir déterminé », un grand nombre sont « des enfants trouvés dont se débarrassent ou s'inquiètent peu leurs hospices respectifs, parce qu'ils ont atteint l'âge passé lequel les pensions cessent d'être payées. »

(1) On se rappelle que sous l'ancien régime l'instruction des enfants trouvés n'avait pas été négligée. Le décret du 30 ventôse an V décidait également que les nourrices seraient tenues d'envoyer les enfants aux écoles pour y participer aux instructions données aux autres enfants de la commune ou du canton. La décision ministérielle du 17 mars 1843 accorda aux enfants assistés la gratuité de l'instruction primaire et le décret du 13 décembre 1855 enjoignit aux nourriciers d'envoyer aux écoles les enfants au-dessus de six ans. La circulaire du 12 février 1856 mit à la charge des budgets départementaux les fournitures d'écoles et les frais de pension, dans les écoles privées, des jeunes filles habitant des localités dépourvues d'écoles publiques. Mais les enfants abandonnés à eux-mêmes à l'âge de douze ans oubliaient le plus souvent le peu qu'ils avaient appris.

(2) « L'instruction à donner aux enfants, dit M. Remacle, est une obligation pour la société comme pour les familles pauvres ; si celles-ci la négligent, la société doit-elle la négliger à leur exemple ?... Où est pour la société la garantie que chez les cultivateurs où ils sont placés les enfants apprendront à chercher dans la vie autre chose que leur bien-être personnel, à ne pas se venger sur elle de la pénurie à laquelle plusieurs d'entre eux seront condamnés ; en un mot, à puiser dans de saines doctrines la conscience de leurs devoirs ?... L'idée du devoir n'existe pas pour leur intelligence ; ils ont les moyens de vivre, mais ils n'ont pas ceux d'être hommes de bien ; et si la société n'a pas à nourrir en eux des vagabonds et des mendiants, elle aura à surveiller leurs fraudes et peut-être à punir leurs forfaits... Il y a longtemps que les adversaires des établissements d'enfants trouvés ont reproché à la société de s'épuiser d'efforts en leur faveur, pour n'arriver en définitive qu'à peupler les lieux de prostitution et les bagnes... Le but de l'institution est-il rempli ? »

création de nouveaux inspecteurs et demanda qu'en outre de l'inspection du service des enfants trouvés et abandonnés, « ils fussent également chargés, sous le rapport de l'administration et de la comptabilité, de l'inspection des hospices, des bureaux de bienfaisance, des maisons de secours et de tous les établissements charitables du département. »

« L'inspecteur, ajoutait l'instruction, se rendra souvent dans les lieux où les enfants trouvés ou abandonnés ont été placés, il s'assurera de leur existence et de leur identité; il vérifiera si les nourrices ne remettent pas à d'autres femmes les nourrissons qu'elles ont obtenus..... Il veillera à ce que les enfants reçoivent toujours les soins convenables, à ce qu'ils soient vaccinés, à ce qu'ils soient élevés, autant que possible, dans des principes de religion et de morale, et à ce qu'ils n'aient que de bons exemples sous les yeux. Lorsque les enfants seront plus grands, l'inspecteur devra encore continuer d'exercer sur eux une exacte surveillance et s'assurer que les commissions administratives remplissent à leur égard et jusqu'à leur majorité les devoirs que leur imposent les lois, etc. »

Ainsi les inspecteurs, au lieu d'être les agents directs des commissions hospitalières, sont chargés au contraire, pour le compte de l'État, de l'inspection générale et de la surveillance des commissions.

La circulaire du 30 avril 1856 s'engagea plus résolument encore dans cette voie. « En dehors des commissions hospitalières et sous votre autorité, écrivait-on aux Préfets, l'administration supérieure a pris soin de placer un agent responsable..... L'inspecteur départemental est, auprès des commissions administratives, le représentant de votre autorité. Non seulement il doit vous éclairer sur l'ensemble et les détails du service, mais il doit aussi veiller à ce que ces commissions remplissent, dans toute leur étendue, les obli-ations que la loi leur impose. Dans le cas où, malgré vos

recommandations, la tutelle laisserait encore à désirer, vous devriez prendre des mesures pour lui en déléguer personnellement l'exercice. »

Nous n'avons pas besoin de rappeler cependant que la tutelle avait été conférée par la loi aux commissions hospitalières et non aux Préfets, qui n'auraient par conséquent pas dû pouvoir déléguer l'exercice d'un droit qu'ils ne possédaient en aucune façon.

La loi de 1869, en mettant à la charge de l'État les frais d'inspection, favorisa la politique envahissante du gouvernement. La circulaire du 3 août 1869 s'en expliquait nettement : « Le personnel de l'inspection, disait-elle aux Préfets, devra, sous votre autorité, prendre plus activement encore la direction du service. Ses tournées seront plus fréquentes. C'est l'inspecteur départemental qui vous proposera l'admission aux secours temporaires; c'est à lui que seront confiés la recherche et l'engagement des nourrices, la préparation et la signature des contrats d'apprentissage, la réalisation des placements de fonds à la caisse d'épargne (1), il devra enfin ne demeurer étranger à aucun des détails de la tutelle administrative. »

Enfin le décret du 31 juillet 1870 consacra l'exclusion, pour ainsi dire complète, des commissions hospitalières de la tutelle des enfants assistés. « La mission de l'inspecteur, y est-il dit, ne cesse qu'à la majorité de *ses* pupilles, etc. »

Les inspecteurs départementaux nommés par le ministre, payés par l'État, sont donc aujourd'hui les maîtres : ils sont à la fois administrateurs et surveillants, et c'est sur leurs rapports annuels que les conseils généraux règlent le service.

Seul, le conseil général de la Seine (2) a résisté aux pré-

(1) On se rappelle que c'est au receveur de l'hospice que la loi du 15 pluviose avait conféré la mission de placer les capitaux appartenant aux pupilles. Une difficulté s'est produite à ce propos devant le conseil général de l'Orne à la session d'avril 1885.

(2) Le Conseil général de la Côte-d'Or a repoussé également la prétention de

tentions des inspecteurs nommés en 1875 et a su faire respecter les dispositions de la loi du 10 janvier 1849. Le rapport de 1878 contenait déjà cet avertissement significatif : « Que l'administration administre et que l'inspection inspecte. » Le rapport de 1880 fut encore plus catégorique : « Si l'inspection donnait un avis dans les différentes affaires de l'administration de nos services, elle irait inspecter en province les avis qu'elle aurait donnés à Paris et trouverait naturellement tout pour le mieux dans les actes inspirés par elle; ce serait l'ingérence de l'inspection dans l'administration; c'est ce que le conseil général ne veut pas. »

§ 6.

La loi de 1869 (art. 5) rangeait parmi les dépenses extérieures les secours temporaires destinés à prévenir ou à faire cesser l'abandon, secours désignés dans la langue administrative sous le nom de secours aux filles-mères. « S'il est de l'intérêt du souverain d'adopter tous les enfants abandonnés, disait Loiseau (*Traité des enfants naturels*, 2e part., liv. II, tit. III), il lui importe encore davantage que cet abandon n'ait pas lieu, parce qu'alors il aurait ces enfants pour sujets, sans être obligé de les élever. »

M. de Gasparin, dans un rapport adressé au roi en 1837 s'exprimait de même : « La débauche peuple sans doute les hospices d'enfants trouvés; mais la misère est aussi l'une des causes les plus fréquentes des abandons. — Si la mère pouvait nourrir son enfant, si, au moment de sa naissance, elle n'était pas souvent dépourvue du plus strict nécessaire, elle se déterminerait difficilement à l'abandonner; si la femme véritablement indigente avait l'espoir d'obtenir un secours alimen-

l'inspecteur « de n'agir plus concurremment avec la commission des hospices et de contrôler sans être contrôlé lui-même ». (Session de 1876, p. 530.

taire qui lui permettrait d'élever son enfant pendant les premiers temps, elle le garderait et ne s'en séparerait plus. — Il s'agirait donc de remplacer par un bon système de secours à domicile pour la mère les secours que l'on donne aujourd'hui à l'enfant dans l'hospice; il s'agirait de payer à la mère les mois de nourrice qu'on paye actuellement à une nourrice étrangère (1). »

Malgré les encouragements de l'administration supérieure, qui résumait en ces termes (Circ. min., 27 mai 1856) les avantages de cette mesure : « morale dans son but, efficace dans ses résultats, source d'économie pour le département dont elle diminue les charges en rendant les expositions moins fréquentes, de bien-être pour l'enfant à qui elle assure une affection et des soins que rien ne saurait remplacer » (2), les secours temporaires n'avaient pas rencontré grande faveur. L'enquête de 1859 et la loi de 1869, en venant appuyer les efforts des inspecteurs départementaux (3), firent augmenter les ad-

(1) La Convention avait déjà distribué des secours de cette nature. « Considérant, disait-elle, qu'il importe à la régénération des mœurs, à la propagation des vertus et à l'intérêt public d'encourager les mères à remplir elles-mêmes le devoir sacré d'allaiter et de soigner leurs enfants, etc. » Domat (*Loix civiles*, Droit public, liv. I, tit. XVIII, *des Hôpitaux*) avait déjà préconisé le système des secours à domicile.

(2) « Le sein d'une mère, s'écriait l'inspecteur du département de l'Orne (rapport de 1881) est supérieur au biberon, le cœur d'une mère est plus affectueux que celui d'une nourrice, d'une nourrice qui a du cœur. » A ce lyrisme nous opposerons les paroles prononcées par M. A. Nicolas dans la commission de 1849 (t. I, p. 366) : « Ce n'est pas le lait seulement que la mère donne à l'enfant, c'est aussi et en même temps son âme, ses vices ou ses vertus. A quelle école mettez-vous l'enfant? A quels exemples ses yeux, ses oreilles, tous ses sens vont-ils s'ouvrir, s'éveiller, se développer? Pouvez-vous ne pas en avoir souci au nom de l'intérêt moral de l'enfant, au nom des mœurs publiques, au nom de l'ordre social?... En transformant des enfants trouvés en enfants naturels, vous transformez pour la plupart des hommes honnêtes, des hommes utiles en scélérats... Je repousse votre projet, ajoutait-il, comme fatal à l'enfant, parce qu'il le livre sans retour à la fille-mère, quelle que soit la dépravation de celle-ci, et qu'il commet à son égard la pire de toutes les expositions, le pire de tous les infanticides, l'exposition à la perversité et l'infanticide moral. »

(3) Ce sont en effet les inspecteurs qui, sous le couvert des préfets, sont les grands dispensateurs de ces secours, auxquels les commissions hospitalières restent étrangères.

missions aux secours temporaires dans une proportion considérable. Les départements, désireux d'éviter les dépenses d'entretien depuis la naissance jusqu'à la majorité, imposent les secours temporaires à toutes les filles qui veulent abandonner leur enfant (1). Mais c'est un mauvais marché. Les dépenses augmentent rapidement par l'accroissement du nombre des solliciteuses qui savent bien « qu'à la simple menace d'abandon on subira toutes leurs exigences » (M. Lafabrègue, *Des enfants assistés en France*, p. 38) : si bien qu'aujourd'hui la dépense de ces secours atteint presque les frais des mois de nourrices et pensions des enfants immatriculés.

On a prétendu que ce mode d'assistance avait pour effet de diminuer la mortalité des enfants, de réhabiliter les mères (2) et d'être plus économique. Les gens les plus compétents (3) affirment que la réalité est loin de répondre à ces prétentions et que l'avantage sur ces trois points reste à l'ancien système d'assistance, qui d'ailleurs, tel qu'il fonctionne dans le département de la Seine, mérite tous les éloges et donne les meilleurs résultats.

(1) La raison d'être de ces subventions étant d'éviter les abandons et les filles-mères étant principalement celles qui apportent dans les hospices le fruit de leurs fautes, les mères légitimes devaient être à l'origine exclues de ces secours. Mais la tendance actuelle, facilitée par la complaisance des maires et des conseillers généraux, est d'admettre les enfants légitimes au bénéfice de ces allocations, converties ainsi en secours d'assistance. Les inspecteurs se sentant débordés commencent à réagir contre cette idée que « toute fille pauvre qui a fait un enfant a droit au secours temporaire. » Mais c'est en vain qu'ils rappellent que « l'institution des secours temporaires ne doit et ne peut être complémentaire ni annexe des bureaux de bienfaisance », l'institution a dévié de son but primitif.

(2) « A ceux qui prétendraient que le secours est une prime à l'inconduite, je répondrai qu'ils se trompent, et qu'ils ne savent pas ce que l'enfant ramène de pudeur et de chasteté dans l'âme de la femme, dont l'innocence se reconstitue pour ainsi dire au contact de ce petit enfant qu'elle tient à préserver des écueils qui l'ont fait tomber. » (M. Pallu, *la Vérité sur les tours*, p. 87.)

(3) Voir notamment M. L. Lallemand, *Histoire des enfants abandonnés*, p. 688 et suiv.



DEUXIÈME PARTIE.

PROTECTION DES ENFANTS DANS LA FAMILLE.

L'art. 203 du Code civil sanctionne le devoir moral d'assistance et d'éducation que les parents, par le fait de la procréation, contractent envers leurs enfants.

« Nourrir, entretenir et élever, » telles sont les premières obligations des parents. Le Code civil, il est vrai, a omis de leur donner une sanction suffisante (1), puisqu'il a refusé d'admettre la recherche de la paternité (2) et qu'il autorise ainsi les abandons cachés.

Le Code pénal a protégé l'enfant (3) contre divers périls qui le menacent plus directement :

(1) Des interprètes décourageants vont jusqu'à prétendre que, même vis-à-vis des parents connus, les obligations de l'art. 203 sont dépourvues de sanction. Nous verrons plus loin s'il faut imputer au Code ce déni de justice.

(2) Le Code n'admet cette recherche que dans le cas d'enlèvement lorsque l'époque de cet enlèvement se rapporte à celle de la conception (art. 340); il ne l'autorise pas en cas de séduction. (Req. 10 mars 1810.) Quant au sens du mot enlèvement, MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. IV, p. 71) soutiennent qu'il ne doit s'entendre que du rapt de violence et non du rapt de séduction. M. Demolombe (t. V, n° 490) soutient l'opinion contraire, que nous adopterons avec la cour de Paris (29 mars 1821). M. Demolombe a fait également triompher contre MM. Aubry et Rau l'assimilation du viol à l'enlèvement.

(3) Rappelons que la personne de l'enfant jouit d'abord de la protection des lois communes à tous les citoyens. Il jouit en outre d'une protection particulière que lui accordent certaines dispositions spéciales (art. 332, 333, 355 du Code pénal).

1° Contre l'avortement, par l'art. 317. Les éléments constitutifs du crime d'avortement sont : 1° la grossesse de la femme; 2° des faits matériels quels qu'ils soient (aliments, breuvages, médicaments, violences, etc.) de nature à procurer l'avortement; 3° la volonté préméditée de faire avorter la femme. Il est indifférent que la femme ait consenti ou non. Dans un premier paragraphe l'article punit de la réclusion quiconque a *procuré* l'avortement : la jurisprudence française a toujours jugé que la seule tentative non suivie d'effet était punie de la même peine que le crime même. L'unanimité des auteurs et la cour de cassation de Belgique (21 déc. 1847) sont au contraire d'avis que le texte de l'art. 317 répugne à cette interprétation. L'impunité de la tentative en matière d'avortement repose d'ailleurs sur des considérations d'ordre social qui font que nous ne saurions exposer ici, sans sortir de notre sujet, cette fameuse controverse, qui figure au nombre de nos *positions*. — Le paragraphe 2 de l'art. 317 s'applique à la femme qui s'est procuré l'avortement à elle-même ou qui a consenti à ce que cet avortement fût pratiqué sur sa personne par un tiers : il faut, pour que la femme soit punissable, que l'avortement ait été consommé. — Enfin le paragraphe 3 considère comme une circonstance aggravante le fait pour le tiers, auteur de l'avortement, d'être médecin, chirurgien, officier de santé ou pharmacien : il édicte contre ces personnes une peine plus grave, les travaux forcés à temps, pourvu que l'avortement ait été consommé. Dans le système de la cour de cassation, la tentative dans ce cas serait punie, en vertu du § 1, de la réclusion; dans le système de la doctrine que nous adoptons, la tentative reste toujours impunie.

2° Contre l'infanticide (1), par l'art. 300. Les éléments

(1) Pendant la période révolutionnaire, l'infanticide ne constituait pas un crime spécial; il était puni comme simple meurtre.

constitutifs du crime d'infanticide sont : 1° la volonté criminelle de tuer. Si la volonté n'est pas constatée, le fait change de caractère et rentre dans la classe des homicides accidentels punis comme délits par l'art. 319 ; 2° le meurtre d'un enfant, avec la double circonstance : 1° que l'enfant ait vécu, alors même qu'il ne serait pas né viable ou qu'il n'aurait pas encore vécu de la vie extra-utérine ; 2° que l'enfant soit nouveau-né. Jusqu'à quel moment l'enfant conserve-t-il cette qualification ? « Il y a infanticide, disent MM. Chauveau et Faustin Hélie, tant que la vie de l'enfant n'est pas entourée des garanties communes et que le crime peut effacer jusqu'aux traces de sa naissance. Il n'y a plus infanticide, il y a meurtre, dès que la naissance est légalement constatée, ou du moins que les délais requis par la loi pour cette constatation sont expirés (3 jours). La naissance est alors censée connue ; la protection de la loi qui environne tous les membres de la cité veille sur l'enfant. » Le meurtre d'un nouveau-né est un infanticide, quel qu'en soit l'auteur, père et mère ou étranger. L'infanticide, même non prémédité, est assimilé à l'assassinat et puni de mort. La loi du 25 juin 1824 admit pour ce crime des circonstances atténuantes, mais seulement en faveur de la mère : la loi de 1832 a étendu cette faveur à tous les coupables.

3° Contre les crimes relatifs a son état civil, par les art. 345 et suivants. L'art. 345 ne considère l'enfant que dans ses rapports avec son état civil ; il a en vue de protéger ses droits de famille et de cité. Cet article, dans sa rédaction primitive, ne concernait donc que l'enfant susceptible d'avoir un état civil, c'est-à-dire l'enfant né vivant, puisque l'enfant mort-né n'a aucun droit et ne peut en transmettre. (Ch. réun., 1er août 1836.) Les éléments constitutifs du crime de suppression d'enfant étaient donc : 1° le fait matériel de l'enlèvement, du recélé ou de la suppression d'un enfant ; 2° l'intention, en le faisant disparaître par l'un de ces moyens, de

supprimer ou de changer son état; 3° cette circonstance que l'enfant était né vivant, avait eu l'existence extra-utérine, qu'il eût pu jouir en un mot d'un état civil. Ce crime ainsi défini était puni de la réclusion. Cette définition excluait la suppression du cadavre d'un enfant mort-né. La loi du 13 mai 1863 a comblé cette lacune. Le nouvel article 345 punit comme un simple délit le fait de suppression, lorsqu'il est douteux que l'enfant ait vécu ou même qu'il est établi qu'il était mort-né. Dans le premier cas, la peine est d'un mois à cinq ans d'emprisonnement, dans le second de six jours à deux mois seulement.

L'art. 345 punit également de la réclusion le crime de substitution d'un enfant à un autre ou de supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée.

D'autres faits peuvent avoir encore pour résultat de compromettre l'état civil de l'enfant, quoique étant plutôt le résultat de l'insouciance et de la négligence que d'un dessein criminel. C'est ainsi que l'art. 345 punit de la réclusion ceux qui, ayant reçu en garde un enfant, refusent ou se trouvent dans l'impossibilité de le représenter aux personnes qui ont le droit de le réclamer; que l'art. 348 punit d'un emprisonnement de six semaines à six mois et d'un amende de 16 à 50 francs le fait pour un individu de porter à l'hospice un enfant mineur de sept ans qui aurait été confié à ses soins, alors que cet individu s'en était chargé, soit gratuitement et sans conditions, soit en stipulant certaines conditions qui à son égard ont été exactement remplies. Il y a dans ces deux cas une sorte d'abus de confiance commis sur la personne de l'enfant au préjudice des parents qui ont droit sur lui.

La loi punit également la négligenc des personnes qui, ayant assisté à un accouchement, n'ont pas fait la déclaration à elles prescrite par l'art. 56 du Code civil et dans les délais fixés par l'art. 55 du même code (art. 346 du Code pénal), ou qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né, ne l'ont pas recueilli et

remis à l'officier de l'état civil, ainsi qu'il est prescrit par l'art. 58 du Code civil (art. 347 du Code pénal) :cette dernière disposition n'est pas applicable à celui qui aurait consenti à se charger de l'enfant et aurait fait sa déclaration à cet égard devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé.

4° Enfin contre l'exposition et le délaissement dans un lieu solitaire ou non solitaire, par les art. 349, 350, 351. Ces articles ont pour but de frapper les faits d'exposition et de délaissement, en tant qu'ils peuvent porter à l'existence ou à la santé de l'enfant exposé et délaissé une atteinte qui, n'étant pas imputable à la volonté de l'agent, ne rentre ni dans la catégorie des crimes d'infanticide ou de meurtre punis par les art. 300 et 304, ni dans celle des crimes ou délits de voies de fait volontaires prévus par les art. 309 et 311. Les éléments constitutifs de tout délit d'exposition et délaissement de l'enfant sont : 1° l'âge de l'enfant exposé qui doit avoir moins de sept ans; 2° un fait matériel d'exposition comprenant les deux circonstances d'exposition proprement dite et de délaissement. L'exposition consiste à déposer l'enfant dans un lieu quelconque; le délaissement consiste à l'abandonner dans ce lieu, privé, même momentanément, de soins et d'assistance. La coexistence de ces deux circonstances est nécessaire.

La loi a gradué les peines suivant le danger qu'a couru l'enfant et suivant l'intention présumée de celui qui l'a exposé. Ce danger et cette intention paraissent différer suivant que le lieu de l'exposition est ou n'est pas solitaire. Le caractère du lieu dépend des chances de secours que l'enfant exposé peut y trouver et de la présomption que ces secours arriveront plus ou moins promptement.

Lorsque l'exposition a eu lieu dans un endroit fréquenté (art. 352), la loi suppose que son auteur n'a pas eu l'intention de compromettre la vie de l'enfant, qu'il n'a voulu que faire perdre les traces de sa naissance. La peine n'est dans ce cas que d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une

amende de 16 à 100 francs. De plus les auteurs de l'exposition ne sont point rendus responsables des accidents qui ont pu survenir à la suite de l'exposition et qu'ils n'avaient pas dû prévoir.

Au contraire, lorsque l'exposition a eu lieu dans un endroit solitaire (art. 349), la loi suppose que son auteur a pu avoir « l'intention de détruire jusqu'à l'existence de l'être infortuné destiné à perdre la vie par un crime après l'avoir le plus souvent reçue par une faute » : en tout cas, le péril couru par l'enfant est plus grand et l'acte par conséquent plus répréhensible. La peine dans ce cas est d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 16 à 200 francs. De plus les auteurs de l'exposition sont alors rendus responsables des suites de l'exposition : si l'enfant est demeuré mutilé et estropié, les coupables subissent la peine applicable aux blessures volontaires d'où est résultée une infirmité permanente (art. 309, § 3); si la mort s'en est suivie, ils subissent la peine du meurtre (art. 351). Lorsque l'exposition a eu lieu dans un endroit solitaire, l'art. 349 punit non seulement l'auteur de l'exposition de l'enfant, non seulement le complice ordinaire dans les termes de l'art. 60 du Code pénal, mais encore ceux qui auront donné l'ordre d'exposer l'enfant, isolé de toute circonstance d'abus de pouvoir ou d'autorité, pourvu que l'ordre ait été exécuté.

La criminalité de l'exposition varie encore selon la qualité de l'agent. La loi regarde comme une circonstance aggravante le fait pour les auteurs de l'exposition d'être les tuteurs ou tutrices, instituteurs ou institutrices de l'enfant (art. 350, 353). Le délit se complique alors d'abus de confiance : à ce titre les nourrices devraient rentrer dans cette énumération qu'on dit être limitative. Légalement on décide que les père et mère de l'enfant, n'étant pas, pendant l'existence du mariage, tuteurs de leurs enfants, ne subissent pas cette aggravation de peine; rationnellement cette conséquence est une monstruosité.

La loi du 28 mars 1882 a sanctionné d'une façon positive une des obligations des parents (1), en organisant la gratuité des écoles publiques et l'obligation de l'instruction primaire. L'enseignement primaire est rendu obligatoire pour tous les enfants de six ans révolus à treize ans révolus, l'instruction peut être indifféremment donnée dans les écoles publiques, libres ou dans la famille (art. 1) : cette limite est ramenée à onze ans pour les enfants qui obtiennent à cet âge leur certificat d'études primaires (art. 6). La première infraction à l'obligation pour l'enfant de fréquenter l'école où il est inscrit résulte d'une absence sans motif légitime répétée quatre fois dans le mois et prolongée chaque fois pendant une demi-journée. Elle est punie d'un simple avertissement (art. 12). La seconde infraction résulte : 1° d'une première récidive du fait d'absence, dans les douze mois qui ont suivi cette absence et l'avertissement qui l'a suivi; 2° du défaut de comparution devant la commission scolaire de la personne responsable dûment avertie; 3° de la non-déclaration par la personne responsable de l'enfant de son changement d'école. Cette seconde infraction est punie de l'inscription pendant quinze jours ou un mois, à la porte de la mairie, des nom, prénoms et qualités du contrevenant, avec l'indication du fait relevé

(1) Même avant cette loi, l'instruction primaire rentrait dans les obligations imposées aux parents par l'art. 203. (M. Glasson, *Éléments de droit franç.*, n° 72.)

Le problème de l'instruction obligatoire n'est pas d'ailleurs nouveau en France. Les protestants avaient déterminé la cour, aux États généraux d'Orléans, en 1561, à ordonner que les parents fussent astreints à faire instruire leurs enfants. Le clergé fit remettre en vigueur, à la suite des États généraux de Blois, en 1576 et en 1588, cette ordonnance tombée en désuétude. Il en demanda le renouvellement en 1614. D'ailleurs en 1789 c'est surtout dans les cahiers de cet ordre qu'est réclamée l'instruction obligatoire. Parmi les lois nombreuses que les assemblées révolutionnaires votèrent en faveur de l'instruction primaire, nous citerons seulement le décret du 29 frimaire, 5 nivôse an II (19-25 déc. 1795) sur l'organisation de l'instruction publique, sect. III, qui impose aux pères, mères, tuteurs ou curateurs l'obligation d'envoyer leurs enfants ou pupilles aux écoles primaires, sous peine d'amende et de privation des droits de citoyen.

Voir dans le *Journal des économistes*, t. XXV, 1872, p. 33 et suiv., la liste dressée par M. J. Lefort, des États européens qui ont adopté le principe de l'obligation.

contre lui (art. 13). La troisième infraction consiste dans la récidive de l'art. 13 suivie dans les douze mois d'une nouvelle récidive : l'infraction devient alors une contravention, de la compétence du juge de paix, à laquelle sont applicables les peines de simple police. L'exécution de la loi est confiée à la commission scolaire (art. 5), composée notamment du maire et du délégué cantonal désigné par l'inspecteur d'Académie.

La mission confiée aux parents leur confère des droits, qui leur permettent de s'acquitter de leurs devoirs. Ils jouissent des droits de garde et de correction, compléments nécessaires de leur devoir d'éducation. Comme leurs pouvoirs ne puisent pas leur origine dans un droit supérieur attaché à leur personne, mais surtout dans le besoin des enfants, il va sans dire qu'ils ne sont ni arbitraires ni absolus.

DROITS DU PÈRE.

En même temps qu'ils ont le droit de conserver leurs enfants sous leur direction exclusive (1) (art. 354 du Code pénal), les parents ont sur eux un pouvoir légitime de correction. Ce pouvoir peut se manifester sous différentes formes :

1° Les peines corporelles ne sont plus laissées à l'arbitraire du père. L'infanticide, par les art. 302 et 304, est assimilé au meurtre ordinaire. Les coups et blessures, alors qu'ils dépassent les bornes d'une correction domestique modérée, tombent aussi sous le coup des art. 309, 310 et 311 (2).

2° L'emprisonnement des enfants rebelles peut être dans certains cas une mesure nécessaire. Les art. 341 et suiv. du Code pénal s'opposent à ce que les parents tiennent leurs enfants en chartre privée. Mais les art. 375 et suiv. ont organisé un système de répression, qui fournit aux parents des armes suffisantes et qui donne aux enfants certaines garanties, puisqu'il exige l'intervention du président du tribunal. Pour les mineurs de quinze ans qui n'ont pas de biens personnels et n'exercent aucun métier, la loi permet au père d'obtenir sans le contrôle du juge leur internement qui, il est vrai, ne peut dans ce cas excéder un mois. La pensée seule que cette faculté ar-

(1) La loi de 1872 sur le recrutement, l'art. 66 du Code pénal, l'art. 7 de la loi du 28 mars 1882 ont apporté, dans quelques cas déterminés, une restriction à ce droit de garde.

(2) Le fait seul que ce point ait pu être mis en doute prouve assez la persistance des vieilles idées.

bitraire puisse être pratiquée sans discernement comme sans justice nous la fait trouver excessive (1).

3° L'enfant peut être renvoyé de la famille soit par une cession, soit par un abandon. Sauf l'hypothèse peu fréquente de la tutelle officieuse, la cession des droits paternels n'est pas autorisée en France. (Art. 6 et 1388 du Code civil). Sans abdiquer ses droits, le père peut engager son enfant comme mousse sur un navire marchand (2). Dans le département de la Seine, il peut le confier à l'Assistance publique, qui a créé pour ces enfants de dix à seize ans le service des *moralement abandonnés* (3). Mais le père conservant ses droits peut toujours réclamer son enfant. L'art. 66 du Code pénal permet aux tribunaux de faire conduire les enfants mendiants ou vagabonds abandonnés par leurs familles (4), « dans une maison de correction pour y être élevés et détenus pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque de leur vingtième année (5).

4° Enfin les récompenses et les peines étant, suivant l'expression désabusée de Malleville, le ressort le plus puissant

(1) Le code civil du royaume d'Italie exige dans tous les cas l'intervention du président du tribunal.

(2) Le décret du 3 brumaire an IV porte que le mousse ne peut avoir moins de dix ans et plus de quinze.

(3) Sont compris dans cette catégorie : 1° les enfants de douze à seize ans qui, s'ils avaient eu moins de douze ans, auraient été admis au nombre des enfants assistés; 2° les enfants de moins de seize ans dont les parents ont été condamnés pour plus de six mois à des peines privatives de la liberté; 3° les mineurs de seize ans arrêtés pour mêmes délits ou vagabondage ; 4° les enfants que leurs parents, pour un motif ou pour un autre, ne peuvent surveiller ni pourvoir d'un état.

Ces enfants sont placés comme apprentis par groupes ou isolément chez des industriels, où ils apprennent un métier en rapport avec leurs goûts et leurs aptitudes.

Voir le journal *La Loi*, 24-25 oct. 1881.

(4) Il serait bon de considérer comme complices les parents de l'enfant condamné pour vagabondage lorsque c'est faute de soins ou parce qu'il était maltraité qu'il a quitté le foyer paternel : ils sont en pareil cas la première cause du délit.

(5) La majorité étant fixée à vingt et un ans, l'enfant retombera pendant un an sous la puissance de son père.

des actions des hommes, le père peut priver son enfant de la quotité disponible. La question de la réserve ne rentre pas dans notre sujet, puisque cette institution reposant surtout sur des considérations d'ordre social dépasse sensiblement l'obligation alimentaire mise par la loi naturelle à la charge des parents. Si la transmission héréditaire a eu pour fondement dans l'histoire l'ancienne communauté familiale, elle ne peut plus aujourd'hui trouver de fondement philosophique et juridique que dans la volonté exprimée ou présumée de l'individu. Le droit pour le propriétaire de disposer librement de ses biens est absolu; sa volonté doit être souveraine pourvu qu'elle ne blesse aucun droit. Or le droit des enfants, comme l'a dit admirablement Montesquieu, ne consiste pas à être faits héritiers, mais seulement à être nourris et mis à même de se suffire eux-mêmes (1).

(1) « La succession n'est un droit que dans la personne de celui qui dispose, dit M. Acollas après Stuart-Mill; elle n'en est pas un dans la personne de celui qui reçoit, sauf le cas de la dette d'éducation et de la dette d'aliments. »

DROITS DES ENFANTS.

L'art. 203 consacre les droits des enfants et par suite les obligations des parents : on a prétendu que ces obligations n'avaient aucune sanction légale. Nous devons donc discuter brièvement le droit d'intervention des tribunaux : 1° lorsque le père ne remplit pas les devoirs que lui impose l'art. 203 ; 2° lorsqu'il les remplit mal, de façon à compromettre l'éducation physique, intellectuelle et morale de l'enfant.

Les travaux préparatoires fournissent une double preuve que l'art. 203 n'énonce pas un simple devoir de morale (1).

L'art. 204, par *exception* à l'art. 203, refuse à l'enfant toute action pour son établissement par mariage ou autrement : c'est donc qu'en règle générale il en a une.

L'obligation alimentaire au profit des enfants est consacrée par deux articles : avant la majorité par l'art. 203, après la majorité par l'art. 207. Or cette obligation est munie d'action par l'art. 207 : on ne comprendrait pas qu'elle ne le fût pas aussi dans le cas de l'art. 203.

Battus sur ce premier point, les défenseurs de l'autorité paternelle triomphent quand il s'agit de déterminer qui exercera l'action. L'enfant ne le pourra pas, puisqu'il n'a pas l'exercice des droits civils, pour lesquels il a besoin d'un représentant (art. 450). La mère ne le pourra pas, puisque

(1) Séance du 4 vendémiaire an X. Locré, t. IV.

d'après l'art. 373 elle ne partage pas avec le père la puissance paternelle. Le conseil de famille ne le pourra pas, puisque la tutelle ne s'ouvre qu'à la dissolution du mariage (1). Enfin le ministère public ne le pourra pas non plus, puisqu'en matière civile il ne peut agir d'office hors les cas spécifiés par la loi. L'action existe bien, dit-on, mais personne ne peut l'exercer.

En face de toutes ces subtilités, comme nous comprenons M. Demolombe s'écriant dans un accès de rude honnêteté : « Il faut venir au secours de l'enfant. La raison, la morale, l'humanité même l'exigent, dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de l'ordre public... Mais il n'y a pas de texte : comment faire? Nous ferons comme nous pourrons. »

Sous la pression des besoins, l'intervention des tribunaux avait été, dans l'ancienne France, unanimement admise. Le Code a consacré les droits des enfants : il les a placés, comme les droits de tous les citoyens, sous la sauvegarde sociale. Peu importe en définitive comment et par les soins de qui ces droits seront protégés, pourvu qu'ils le soient. L'incapacité même des enfants qu'on objecte est un motif de plus pour rendre cette protection plus nécessaire et plus urgente.

Qu'on décide que l'enfant, s'il est en âge de discernement, peut intervenir personnellement soit par voie de référé (2), soit même dans une instance civile avec autorisation du

(1) Dans son mémoire sur *la protection légale des enfants contre les abus de l'autorité paternelle*, p. 11, etc. M. Fuzier-Herman proposait le système suivant : Sur une plainte adressée par toute personne qui voudrait prendre en main les intérêts de l'enfant, le juge de paix, saisi directement le premier ou bien sur réquisition du procureur de la République, procéderait à une enquête, après laquelle, s'il y avait lieu, il convoquerait le conseil de famille. Celui-ci aurait des pouvoirs moins étendus qu'en matière de tutelle, à cause du caractère particulièrement respectable de l'autorité paternelle ; il ne pourrait que suspendre pour un temps assez court le droit de garde et de correction du père ou son usufruit légal et encore sous la réserve de l'homologation de la justice : il pourrait, dans les cas les plus graves, demander que le père fût déclaré déchu, complètement ou partiellement, de sa puissance : le tribunal prononcerait sur ce point.

(2) C. de Caen, 31 déc. 1811. Sirey, 1812, II, 280.

juge (1); qu'on fasse nommer par le tribunal ou le conseil de famille un administrateur *ad hoc* chargé de représenter l'enfant; qu'on confère un droit d'intervention au ministère public par analogie avec les art. 267 et 302 (M. Demante) ou par extension de l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, qui donne au procureur le droit « de poursuivre d'office l'exécution des lois dans les dispositions qui intéressent l'ordre public »; aux ascendants investis par la loi d'une sorte de puissance paternelle *largo sensu* (art. 151, 152, 205-207, 283, 915, 935, etc.), ou enfin à la mère (2), tenue par l'art. 203 des mêmes obligations que le père et placée auprès de lui pour contrôler l'exercice de la puissance paternelle qu'elle partage avec lui (art. 372), comme le subrogé tuteur est placé à côté du tuteur (3) : tous les moyens que la loi peut fournir nous semblent bons pourvu qu'en définitive le droit des enfants soit défendu.

Sans doute le père exerce seul l'autorité (art. 373); mais c'est parce que « dans une société de deux, toute délibération, tout résultat deviendrait impossible, si l'on n'accordait la prépondérance au suffrage de l'un des associés ». (Portalis.) Ce texte ne vise donc que l'exercice normal de la puissance paternelle; on ne saurait l'invoquer pour refuser à la mère (4) d'intervenir pour faire exécuter les obligations qu'elle a contractées en même temps que le père, alors que le père ne les exécute pas.

(1) *Moniteur des Juges de paix*, mars 1882.

(2) La femme peut sans autorisation introduire une instance en référé (Trib. de la Seine, 19 juin 1863). Quant à l'instance principale, l'autorisation de justice pourrait remplacer celle du mari.

(3) Une preuve que la mère joue ce rôle, c'est que, lorsqu'elle vient à mourir, on donne au père un subrogé-tuteur.

(4) On permet à la femme de demander la séparation de corps quand elle est l'objet de sévices ou d'injure grave de la part de son mari; pourquoi lui refuser ce droit quand elle voit ses enfants victimes de ses mauvais traitements? Pourquoi ne s'adresserait-elle pas alors à la justice pour obtenir, avec la séparation de corps, la garde de ceux que le père serait reconnu impropre à élever? (M. Fuzier-Herman, *De la protection légale des enfants contre les abus de l'autorité paternelle*, p. 105.)

Lorsque le père exécute mal les obligations de l'art. 203, l'intervention de la justice se heurte aux mêmes résistances. Cependant, lorsque le père a momentanément délégué son autorité à un tiers, nourrice, instituteur ou patron, on comprend que les résistances doivent être moins vives. En surveillant la façon dont les mandataires du père s'acquittent de la mission qu'ils ont assumée, en réprimant les abus dont ils peuvent se rendre coupables à l'égard des enfants qui leur sont confiés, l'État ne va pas en réalité à l'encontre des droits du père : il se met au contraire à son service pour faire exécuter loyalement les obligations prises envers lui. Mais tout en semblant agir pour le compte du père, c'est à un autre titre encore que l'État surveille et réglemente les placements des enfants chez les nourrices, dans les écoles, chez les patrons : il intervient en vertu de son droit de souveraineté, par la même raison qu'il surveille et réglemente toutes les industries pouvant être une source de dangers.

Protection des enfants en nourrice. — L'ancien régime avait déjà réglementé l'industrie des *recommandaresses*, chargées de fournir des nourrices aux enfants de la capitale. L'organisation, d'abord spéciale à Paris, avait été étendue à un grand nombre d'autres villes. En 1769, cette organisation avait fait place à la création d'un seul bureau général. Successivement modifié par l'arrêté du 29 germinal an IX, la loi du 25 mars et le décret du 30 juin 1806, la loi du 10 janvier 1849 et le règlement du ministre de l'intérieur du 9 janvier 1851, le bureau des nourrices, *bureau municipal* ou *grand bureau* n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir.

Des bureaux de placement particuliers, nés « à la fois de la liberté du travail, de la concurrence des meneurs renvoyés par l'administration et de la protection intéressée de quelques médecins et des sages-femmes », avaient détourné du bureau municipal la foule des parents, peu soucieux des garan-

ties offertes par l'administration (1). C'est en vain que l'assistance publique essaya de lutter en organisant plus complètement son système d'inspection et de surveillance, de transports et de secours médicaux. C'est en vain qu'en 1851 elle garantit aux nourrices, à défaut de paiement par les parents, un salaire *minimum* de 15 francs et qu'elle alla même jusqu'à payer des primes aux sages-femmes : les nourrices n'offrirent plus leurs services qu'aux bureaux particuliers qui les payaient plus cher et les surveillaient moins. L'administration, dépourvue de nourrices, obligée de payer des mois de nourrice à la place des parents indigents qui formaient la plus grande partie de sa clientèle, eut recours à l'expédient des bons de un ou deux mois de secours, à l'aide desquels elle faisait porter les enfants aux bureaux particuliers et les faisait placer par eux.

Le bureau ne remplissait donc plus le but de son institution. Créé en vue de placements rétribués par les familles, et dans le but d'offrir aux parents des garanties qu'ils ne trouvaient pas ailleurs, il était devenu en réalité une simple dépendance du service des enfants assistés (2).

Sollicitée dès 1863 par des représentants de l'Assistance,

(1) Ces garanties pouvaient même gêner les plans de certains parents. Les bureaux particuliers mettaient au service de leur clientèle des meneuses d'une réputation sinistre et des nourrices dont la demeure jouissait de la dénomination significative de *charnier des innocents*. « S'agit-il, dit M. le Dr Monot à propos d'une de ces affreuses mégères, de faire disparaître un enfant nouveau-né qui plus tard deviendrait une source d'embarras, ou bien les parents veulent-ils se débarrasser d'un nouvel enfant qui serait une charge, bien vite on s'adresse à elle, certain d'avance qu'une fois sorti de Paris, l'enfant n'y reviendra jamais. » (*La mortalité des nourrissons*, 1872, p. 36). « Je sais bien, répondait un maire au Dr Brochard (*De l'allaitement maternel*, p. 125) que tous ces enfants sont voués à la mort ; mais que voulez-vous? C'est le bien-être de ma commune ; ces femmes n'ont pas d'autres moyens d'existence, et sans les nourrissons elles tomberaient à la charge du bureau de bienfaisance. Après tout, ajoutait-il en riant, il y aura toujours des Parisiens ! »

(2) Le bureau municipal qui avait en 1820 jusqu'à 10.000 enfants sous sa surveillance, ne concourait plus en 1875 au placement des enfants en nourrice que dans la proportion de 657 sur 12,000 : en revanche le montant des subventions était considérable.

demandée officiellement en 1866 par son directeur, qui ne le considérait plus que comme « un instrument usé, ne pouvant plus fonctionner pour le bien », réclamée tous les ans depuis 1872 par le conseil général de la Seine, la suppression du bureau municipal, condamné comme entraînant « une espèce de démoralisation pour la population en même temps qu'une charge énorme pour les finances municipales », fut prononcée en 1876.

La décadence du *grand bureau* et la disparition des garanties qu'il offrait aux parents par la surveillance qu'il exerçait sur l'industrie nourricière eurent pour résultat une augmentation de la mortalité, déjà excessive, des nourrissons. Les docteurs Brochard, de Nogent-le-Rotrou (Eure-et-Loir) et Monot, de Montsauche (Nièvre), attirèrent, il y a une vingtaine d'années, l'attention du public sur ce fléau qui, joint à la diminution des naissances, compromettait si gravement l'avenir de la patrie (1). L'opinion publique s'émut et suivit avec intérêt les discussions qui eurent lieu à ce sujet au sein de l'Académie de médecine et les travaux de la commission d'enquête nommée en 1869 par le gouvernement. Des sociétés protectrices de l'enfance se fondèrent sur divers points du territoire, à l'instar de la société de Paris, créée en 1863.

C'est à la suite de ce mouvement d'opinion que, sur la proposition de M. le Dr Th. Roussel, l'Assemblée vota la loi du 23 décembre 1874. Cette loi, comme le faisait remarquer le rapporteur, n'est pas une œuvre originale sur une question nouvelle, mais seulement la dernière expression et le résumé pratique d'un travail législatif souvent repris sur une question pendante depuis des siècles et dont l'intérêt public et l'humanité ne permettaient pas d'ajourner la solution. Elle a en outre pour objet d'étendre à tous les nourrissons français

(1) Il fut établi qu'il périssait chaque année en France de 100 à 120,000 enfants qu'il était possible d'arracher partiellement à la mort.

la protection autrefois réservée aux seuls nourrissons parisiens.

D'après cette loi, tout enfant âgé de moins de deux ans qui est placé, moyennant salaire, en nourrice, en sevrage ou en garde, devient par ce fait l'objet d'une surveillance de l'autorité publique, ayant pour but de protéger sa vie et sa santé.

La surveillance est confiée à Paris au Préfet de police et dans les départements aux Préfets assistés de comités et de commissions locales (art. 2 de la loi et art. 17 du décret du 27 février 1877).

La loi soumet à la surveillance toute personne ayant un nourrisson ou plusieurs enfants en garde ou en sevrage, placés chez elle moyennant salaire, ainsi que les intermédiaires qui s'emploient au placement des enfants en nourrice (art. 6).

Pour permettre l'application de la loi, toute personne qui place, moyennant salaire, un enfant de moins de deux ans, en nourrice, en sevrage ou en garde, doit en faire la déclaration à la mairie (1) et remettre à la nourrice ou à la gardeuse un extrait de naissance de l'enfant (art. 7).

Toute personne ayant reçu un enfant est tenue : 1° d'en faire dans les trois jours déclaration à la mairie de son domicile, où elle dépose le bulletin de naissance qu'on lui a remis; 2° de renouveler cette déclaration, en cas de changement, à la mairie de sa nouvelle résidence; 3° de déclarer dans le même délai le retrait de l'enfant par ses parents ou sa remise à une autre personne; 4° de déclarer le décès dans les vingt-quatre heures.

Nul ne peut ouvrir un bureau de nourrices sans autorisa-

(1) « La commission a voulu, dit le rapporteur, que par l'obligation de déclarer à la mairie tout placement en nourrice, il ne soit plus possible à aucune famille d'ignorer que la séparation de la mère et de son enfant nouveau-né et la remise de celui-ci à une femme mercenaire qui l'emporte au loin sont considérés comme des actes dont la société s'inquiète, que la loi surveille et dont elle exige la constatation. »

tion; et toute personne qui veut se procurer un nourrisson doit se munir préalablement des certificats d'usage indiquant son état civil et son aptitude à nourrir ou à recevoir des enfants en sevrage ou en garde (art. 8). Les mois de nourrice sont élevés au rang de créances privilégiées.

Les dépenses auxquelles l'exécution de la loi donne lieu sont mises par moitié à la charge de l'État et des départements intéressés (art. 15).

Les rapports ministériels des 8 juillet 1880, 27 décembre 1882, 30 janvier 1885 constatent que la loi de 1874, complétée par le décret d'administration publique du 27 février 1877, est loin de produire tous les résultats dont elle serait susceptible si son fonctionnement était plus régulier et son application plus stricte.

Protection des enfants envoyés dans les écoles, mis en apprentissage, employés à un travail industriel ou dans les professions ambulantes. — L'État intervient dans l'instruction à tous les degrés de diverses façons. « La société, dit M. Serrigny (***Droit public des Français***, t. II, p. 346), a incontestablement le droit de s'assurer que celui qui veut se livrer à l'enseignement est capable et moral. » L'État confère donc les diplômes qui donnent le droit d'enseigner. Non seulement il peut, à côté de l'initiative individuelle, créer des établissements publics d'instruction, mais il exerce sur l'ensemble des établissements même libres un contrôle souverain qui se traduit par tout un système d'inspections et de pénalités.

La loi du 22 février 1851 eut pour but de réglementer le contrat d'apprentissage soumis depuis les lois révolutionnaires abolitives des corporations, jurandes et maîtrises (17 mars, 17 juin 1791) à l'empire du droit commun. Quelques députés émirent l'avis que « la société devait entourer ce contrat de toutes les garanties capables de protéger efficacement les faibles contre ceux qui pensent bénéficier du contrat. » Mais on n'osa pas du premier coup s'attaquer au père. On se con-

tenta de régler les devoirs réciproques du maître et de l'apprenti en protégeant ce dernier contre les périls possibles de sa situation nouvelle. Un contrat est dressé qui contient les noms, âge et domicile des parties, la date et la durée du contrat, les conditions de logement, de nourriture, de prix, etc. Le maître est également tenu d'enseigner à l'apprenti progressivement et complètement l'art, le métier ou la profession qui fait l'objet du contrat. Il doit laisser à l'apprenti mineur de seize ans qui ne sait pas lire, écrire ni compter le temps nécessaire (deux heures par jour au maximum) pour achever son instruction. Il est obligé de se conduire envers l'apprenti en bon père de famille, de surveiller sa conduite et ses mœurs, d'avertir ses parents de ses fautes graves ou de ses penchants vicieux et de les prévenir sans retard des cas de maladie ou d'absence, etc. Il est interdit au maître d'employer l'apprenti à des travaux qui ne rentrent pas dans l'exercice de sa profession, de l'employer à des travaux insalubres ou au-dessus de ses forces. Le maître célibataire ou veuf ne peut loger comme apprenties des jeunes filles mineures. Les individus qui ont subi une condamnation pour crime, pour attentat aux mœurs ou pour délits prévus par les art. 388, 401, 405, 406, 407, 408 et 423 du Code pénal lorsque la condamnation excède trois mois d'emprisonnement, ne peuvent recevoir d'apprentis. Les mêmes faits, lorsqu'ils se produisent au cours de l'apprentissage déjà contracté, font obstacle à sa continuation.

La loi du 19 mai 1874, complétive d'une loi du 22 mars 1841, pose en principe qu'il n'est permis d'employer des enfants ou des filles mineurs à un travail industriel que sous les conditions déterminées par la loi (1). Cette loi fixe en prin-

(1) « Il faut s'être occupé d'industrie, disait en 1879, au Palais du Trocadéro M. Ph. Couly (*Conférence sur le choix d'un état au point de vue hygiénique et social*), il faut avoir vécu de la vie des ateliers pour savoir jusqu'à quel point l'enfance joue un rôle actif et précieux dans la production nationale: il faut s'être occupé d'industrie, il faut avoir vécu de la vie des ateliers pour savoir également de quels abus, de quelle exploitation coupable ces malheureux

cipe l'âge d'admission des enfants à douze ans ; elle veille à ce qu'on n'abuse pas de leurs forces ou de leur temps au point de compromettre leur santé physique ou le développement de leur intelligence, limitant la durée du travail, imposant dans la journée et dans la semaine des moments et des jours de repos interdisant les travaux trop fatigants ou dangereux, etc. (1).

La loi du 7 décembre 1874 punit d'un emprisonnement de 6 mois à 2 ans tout individu (autre que les père et mère) qui fait exécuter par des enfants de moins de seize ans des tours de force périlleux ou des exercices de dislocation ou qui, étant saltimbanque, charlatan, directeur de cirque, etc., emploie dans ses représentations des enfants âgés de moins de seize ans (2).

La même loi frappe des peines de l'art. 276 du Code pénal quiconque emploie des enfants âgés de moins de 16 ans à la mendicité habituelle, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession.

Les lois protectrices que nous venons d'énumérer ne passèrent pas sans difficulté. Inspirées par le principe du droit de l'enfant, elles ne se laissèrent pas arrêter par le vain fantôme de la puissance paternelle et, dans quelques-unes de leurs dispositions, lorsque l'intérêt de l'enfant était en jeu, s'attaquèrent directement au père. C'est ainsi que la loi du 19 mai 1874 étend sa réglementation au père qui fait travailler ses

enfants ont été si tristement l'objet. On se surprend à douter de l'humanité en se rappelant certains faits : on en viendrait même à regretter, à maudire l'atelier et la prospérité de nos usines et de nos manufactures, si l'on songeait à quel prix cette prospérité s'obtenait. »

(1) Cette loi, d'après les termes de M. Ph. Couly, « aide à franchir trois écueils que l'enfant employé dans les ateliers a à redouter : 1° l'excès de travail qui l'atrophie avant l'âge ; 2° le défaut d'instruction qui le démoralise ; 3° certaines industries dangereuses qui le tuent ».

(2) C'est l'empereur Marc-Aurèle qui le premier a pris des mesures pour la protection de l'enfance employée dans les spectacles.

« *Inter cætera pietatis ejus hæc quoque moderatio prædicanda est : funambulis post puerum lapsum culcitras subjici jussit : unde hodieque rete prætenditur.* » (Julius Capitolinus, M. Antoninus Philosophus, 12.)

enfants hors du foyer domestique (1); que la loi du 7 octobre 1874 défend au père exerçant une profession dite ambulante de faire exécuter des tours de force ou des exercices de dislocation à ses propres enfants âgés de moins de seize ans et même de les employer au-dessous de douze ans dans ses représentations.

L'art. 335, § 2 du Code pénal privait « des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil, liv. I, tit. IX, *De la puissance paternelle*, le père ou la mère qui aurait « excité, favorisé ou facilité habituellement la débauche ou la corruption » de ses enfants de l'un ou l'autre sexe âgés de moins de vingt et un ans. Selon qu'on penche en faveur de l'enfant ou en faveur du père, selon qu'on envisage de préférence l'esprit ou le texte de la loi, on décide ou non que cette déchéance, d'ailleurs obligatoire, s'applique à tous les enfants, de tous les lits, nés ou à naître (Duranton, III, n° 384), qu'elle est absolue et comprend le droit d'émancipation et le droit de consentir au mariage ou à l'adoption. (Valette, sur Proudhon, t. II, p. 351, note *a*.)

La loi du 7 décembre 1874 introduisit deux autres cas de déchéance : 1° lorsque les père et mère ont livré soit gratuitement soit à prix d'argent leurs enfants âgés de moins de seize ans aux individus exerçant une profession dite ambulante, ou les ont placés sous la conduite de vagabonds, de gens sans aveu ou faisant métier de la mendicité; 2° lorsque les père et mère emploient leurs enfants âgés de moins de seize ans à la mendicité habituelle soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession (2). Dans ces deux cas,

(1) Il faudrait également protéger l'enfant contre les parents qui l'emploient même *chez eux* à des occupations malsaines pouvant compromettre sa santé. « La crainte de toucher à la puissance paternelle, celle de pénétrer dans le cercle de la famille ont été poussées trop loin, dit M. H. Duméril. (*De la puissance paternelle et de la protection légale de l'enfance*, *Revue gén. du dr.* 1881.) Quand un métier est de nature à mettre en danger la vie des enfants de celui qui s'y livre, pourquoi ne pas surveiller le père comme toute autre personne. »

(2) Les art. 274 et 276 du Code pénal ne touchaient « ni le père qui fait mendier

la déchéance n'est que facultative, mais elle est absolue.

La bataille, entamée sur l'art. 203, s'engage à nouveau lorsqu'il s'agit de décider si, en dehors des cas de réglementation et de déchéance prévus par les textes spéciaux que nous venons d'analyser, les tribunaux ont un haut pouvoir de contrôle et de surveillance, leur permettant de réprimer les abus du droit de correction ainsi que l'oubli ou les écarts du droit d'éducation.

La plupart des auteurs reconnaissent la nécessité d'établir ce droit général de contrôle; mais, le Code étant peu explicite, des systèmes multiples ont été proposés pour atteindre ce résultat d'une façon à peu près juridique.

M. Vazeilles (*Traité du contrat de mariage*, t. II, 431) part de cette idée que les avantages, droits et capacités du père ne lui sont donnés ou reconnus que sous des conditions prévues et à charge de satisfaire à des obligations déterminées. Au principe qu'il *ne peut y avoir ni pénalité ni nullité sans un texte formel,* il oppose cet autre principe non moins juridiquement exact que « *dans toutes les obligations réciproques, le défaut d'exécution d'un côté doit résoudre l'engagement de l'autre*... Ainsi le chef de famille qui contrevient à ses devoirs les plus importants, la cause et la condition de sa puissance, renonce lui-même à cette puissance et doit en être privé » (1). La puissance du père n'est donc qu'une grande charge tutélaire, qui a ses règles et ses limites légales (art. 444, etc.).

La rigueur de ce système effraie M. Demolombe, qui s'ef-

ses propres enfants, ni les exploiteurs qui emploient des enfants à la mendicité sous l'apparence d'un métier. »

(1) « En société, dit M. J. B.-Sirey, aucun droit privé n'est droit qu'à condition de ne pas troubler l'ordre, qui est l'union de tous les droits protégés par le pouvoir. La perturbation de l'ordre opère nécessairement extinction ou restriction du droit. Le droit de la mère à l'éducation de son enfant est nécessairement soumis à la règle générale. Il doit être éteint ou restreint au cas de survenance d'incapacité ou d'indignité. »

force cependant avec sa science consommée de juriste d'arriver à une intervention restreinte et modérée qui ne retirera au père la garde des enfants « que si leur personne et leur bonne éducation physique et morale est compromise, et ne touchera point aux droits dans lesquels il n'est pas reprochable » (1).

Enfin M. Laurent, encore plus prudent, mais tout aussi bien intentionné, se borne à reconnaître à l'enfant dont la vie ou la moralité seraient mises en danger par un séjour plus long dans la maison paternelle « le droit de s'adresser aux tribunaux et de demander l'autorisation de se retirer dans un lieu qui lui serait désigné par les magistrats ».

La conclusion à tirer de ces tentatives, c'est que le Code civil n'a pas tranché la question, parce qu'il ne savait pas ce qu'il voulait faire. Il avait à choisir entre deux systèmes absolus, bien nets : il a essayé de faire entre les deux une conciliation impossible; d'où les contradictions, les incohérences et, pour les interprètes, l'impossibilité de saisir l'esprit de la loi et par conséquent de suppléer d'une façon raisonnée aux lacunes de son texte. Cependant, comme on se trouve en face d'une nécessité pressante, on a fait flèche de tout bois pour trouver dans le code un moyen de satisfaire aux besoins sociaux. Pour nous, nous donnons d'avance notre approbation à tous les expédients, quels qu'ils soient, qui permettront aux tribunaux d'édifier un jugement que la cour suprême ne soit pas obligée de casser. *Primo vivere, deinde philosophari.* C'est en vain qu'on objecterait que les tribunaux ne peuvent plus, comme sous l'ancien régime, faire la loi. Nous invoquerions avec M. Demolombe l'art. 4 du Code civil qui « déclare le juge coupable de déni de justice, s'il refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'incompétence de la loi ». Le silence de la loi ne doit pas empêcher le juge

(1) M. Demolombe, t. VI, n° 365. Comparer Aubry et Rau, IV, p. 604.

de prononcer : le juge est le ministre de la loi quand la loi a parlé; il est l'arbitre des différends quand elle se tait. Et qu'on ne dise pas que la puissance paternelle, telle que l'a faite le code, est un pouvoir absolu et sans limites, que par conséquent le juge n'a pas à suppléer au silence de la loi pour modifier la loi.

Le code a pu reculer devant certaines conséquences, il a pu omettre d'entrer dans certains détails d'organisation : il n'en a pas moins adopté le principe nouveau, qui donne à la puissance paternelle son véritable fondement, inconnu de l'antiquité (1). La puissance paternelle de nos codes est, suivant les propres expressions de Réal dans l'Exposé des motifs, « *un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions*, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants. » Ce principe fondamental suffit pour nous indiquer l'esprit dans lequel les tribunaux doivent connaître des difficultés que le silence ou l'obscurité du Code en ces matières peut faire naître dans la pratique.

Cette incertitude du Code qui, à une époque de transition, n'a pas voulu ou pas pu prendre définitivement parti, peut être

(1) « Voilà, d'après la nature et la raison, disait Réal, l'étendue, mais aussi voilà les *bornes* de cette puissance. » Et il ajoutait que le despotisme ne convenait pas mieux dans la famille que dans l'État. « Il faut remarquer, disait encore l'orateur du Tribunat au corps législatif, que l'autorité des pères et des mères sur leurs enfants n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci, n'est pas, à proprement parler, un droit, mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacles un devoir indispensable et sacré. » La puissance paternelle du Code est si peu l'ancienne puissance absolue qu'on s'est demandé si elle devait en conserver le nom qu'on trouvait trop fastueux pour son nouveau caractère (Boulay). Il faut des mots nouveaux, disait Berlier, à des idées nouvelles. Nous sommes donc fondés à dire que « d'après l'esprit de notre Droit, la puissance paternelle est bien moins établie dans l'intérêt personnel des parents que dans celui des enfants et de la société; d'où la conséquence que les tribunaux sont investis des pouvoirs nécessaires pour garantir les enfants contre tout abus que les parents feraient de leur pouvoir. » (Aubry et Rau.)

cependant une source de graves embarras. Aujourd'hui que les idées se sont fixées, on paraît décidé à reprendre la marche en avant, dans la route où le code ne s'était engagé qu'avec une certaine timidité et non sans jeter un regard en arrière. Les lois de ces dernières années, imprégnées de l'esprit nouveau, ont dégagé de plus en plus le caractère tutélaire de la puissance paternelle. D'autres lois en préparation, poursuivant l'œuvre commencée, vont effacer peu à peu de notre législation les traces d'un passé disparu : elles lui donneront ainsi, en même temps qu'un complément nécessaire, un caractère d'unité qui lui manque aujourd'hui.

Projet du sénat (20 février 1881).

Dans la pensée de ses auteurs, MM. Th. Roussel, Bérenger, Dufaure, Fourichon, Schœlcher, J. Simon, cette loi devait être une loi de protection et de défense sociale à l'égard « des enfants malheureux que l'abandon matériel, le délaissement moral, l'inconduite ou les sévices des parents livrent sans défense à tous les mauvais penchants, à la dépravation précoce, aux délits et aux crimes.

« Tout mineur non émancipé, matériellement ou moralement abandonné, ou maltraité, est placé sous la protection de l'autorité publique.

« L'enfant matériellement abandonné est celui qui n'a ni parents, ni tuteur, ni amis qui puissent prendre soin de sa personne.

« L'enfant moralement abandonné ou maltraité est celui dont les parents ont habituellement négligé la surveillance, ou sont eux-mêmes d'une inconduite notoire, ou ont été condamnés comme auteurs ou complices d'un délit commis sur sa personne. »

Projet du gouvernement (décembre 1881).

Ce projet élaboré par une commission instituée au ministère de la justice par un arrêté du 29 décembre 1880 comprend deux titres : l'un, intitulé *De la déchéance de la puissance paternelle*, indique « les modifications à introduire dans nos lois, afin d'enlever au père qui s'en rend indigne, l'autorité qui lui est reconnue » ; l'autre, intitulé *Du délaissement des enfants* « pourvoit au sort des enfants abandonnés par leurs parents » et sanctionne la cession faite par le père de ses droits.

Le titre I prononce la déchéance obligatoire :

1° Dans le cas de l'art. 335, § 2 du Code pénal.

2° Lorsque le père et la mère ont été condamnés pour la deuxième fois, comme auteurs ou complices de crimes ou délits commis sur la personne de leurs enfants ou par leurs enfants.

Il prononce la déchéance facultative dans six autres cas :

1° Condamnation pour crimes, sauf ceux prévus par les art. 86 à 101, Code pénal ;

2° Seconde condamnation pour vol, abus de confiance, escroquerie, adultère, entretien de concubine au domicile conjugal, excitation habituelle de mineurs à la débauche, outrage public à la pudeur, outrage aux bonnes mœurs, séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfant, mendicité, vagabondage ;

3° Condamnation par application de l'art. 2, § 2, de la loi du 23 janvier 1873 sur l'ivresse publique ;

4° Condamnation pour la première fois à des peines graves, dans certains cas prévus par le n° 2 ci-dessus ;

5° Inconduite notoire de nature à compromettre soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de l'enfant ;

6° Habitudes d'ivresse.

La déchéance est générale et absolue; elle a pour résultat de faire passer les enfants sous la tutelle de l'Assistance publique et des commissions hospitalières.

D'après le titre II (1), les enfants délaissés sont ceux à l'égard « desquels les pères et mères ou tuteurs refusent ou sont dans l'impossibilité de remplir leurs devoirs de surveillance et d'éducation. » La personne qui a recueilli un enfant doit faire sa déclaration dans les trois jours; si les père et mère ne réclament pas dans les trois mois, la garde de l'enfant, ainsi que les droits de correction et d'éducation, peuvent être définitivement attribués par le tribunal, nonobstant toute réclamation ultérieure, « au particulier, à l'association de bienfaisance ou à l'établissement d'assistance publique » qui a recueilli l'enfant.

Projet de la commission du Sénat (janvier 1883).

La commission nommée pour examiner les deux projets précédents les fondit ensemble dans un troisième projet qui fut voté par le sénat avec quelques modifications légères.

« Est, de plein droit, sous la protection de l'autorité publique, tout mineur de l'un ou de l'autre sexe qui se trouve abandonné, délaissé ou maltraité.

« Le mineur abandonné est celui dont les père et mère sont morts, ou disparus, ou inconnus, et qui n'a ni tuteur, ni parents légalement tenus aux aliments, ni amis qui veuillent prendre soin de sa personne. — Est assimilé au mineur abandonné celui qui, à raison de la maladie, ou d'une incapacité physique ou intellectuelle dûment constatée, de l'émigration, de la détention ou de la condamnation de ses

(1) Ce titre emprunte ses dispositions au système américain, qui comporte deux genres de cession des droits paternels : la cession volontaire faite au *New-York juvenile Asylum* et la cession forcée sur l'ordre du magistrat.

père, mère ou tuteur, se trouve sans asile et sans moyens d'existence. »

« Le mineur délaissé est celui que ses parents, tuteur ou ceux à qui il est confié, laissent habituellement dans un état d'oisiveté, de vagabondage ou de mendicité. Est assimilé au mineur délaissé celui dont les parents ou tuteur sont reconnus dans l'incapacité ou dans l'impossibilité de pourvoir à sa garde et à son éducation.

« Le mineur maltraité est celui dont les parents, tuteur ou ceux à qui il est confié, mettent en péril la vie, la santé ou la moralité, par des sévices ou des mauvais traitements, par leurs habitudes d'ivrognerie ou leur inconduite grave et prouvée. Est assimilé au mineur maltraité celui dont les père et mère ont été condamnés comme coupables de l'un des crimes ou délits prévus aux art. 20 et 21 de la présente loi. » (Ces articles reproduisent les cas de déchéance prévus par le projet du gouvernement.)

Enfin l'art. 17 autorise, sous certaines conditions, la cession des droits paternels.

Nous bornons là notre étude des projets de réforme. Il est inutile d'entrer plus avant dans les détails d'organisation, puisque ce ne sont là encore que des projets et que si l'un d'eux a reçu l'approbation du Sénat, il est probablement destiné à subir à la Chambre de nouvelles modifications.

Aussi bien l'effort de nos adversaires tend moins à introduire dans ces projets les améliorations dont ils sont susceptibles qu'à combattre l'idée même de toute réforme dans le sens indiqué. Ils ne se bornent pas à critiquer quelques dispositions, contestables en effet (1), c'est au principe même

(1) C'est ainsi que la déchéance des droits paternels ne devrait jamais, suivant nous, avoir lieu de plein droit; la garantie d'une décision judiciaire est absolument indispensable.

qu'ils s'attaquent, comme attentatoire à la puissance paternelle et aux libertés des pères de famille.

C'est ce principe qu'il importe donc avant tout de justifier.

CONCLUSION.

I.

A l'origine, le pouvoir social n'étant pas encore constitué, le droit, dépourvu de sanction, est ignoré, la personnalité humaine n'est ni reconnue ni respectée. La loi du plus fort s'impose. La famille étant alors l'unique société et l'unique abri prend un caractère beaucoup plus large et à la fois plus rigoureux que la famille moderne, fondée sur la seule parenté naturelle. Elle forme un véritable État. Tous les pouvoirs, tenant à l'administration, à la propriété, à la souveraineté sont concentrés entre les mains du chef. Il ne rencontre en face de lui aucune autorité supérieure qui vienne contrôler la sienne, aucun droit rival qui vienne limiter le sien. Ceux qui sont placés sous sa puissance sont peut-être protégés contre les agressions de l'étranger; mais rien ne les garantit contre l'arbitraire de leur protecteur et les abus de son pouvoir.

Plus tard, quand la cité se forme, elle n'est pendant longtemps qu'une fédération de familles. La situation du père n'est, pour ainsi dire, pas modifiée. La cité ne connaît que le chef de famille : elle ne se croit pas le droit de pénétrer dans l'enceinte domestique pour examiner ce qui s'y passe. Que le père tue ses enfants, qu'il les vende ou les exploite, c'est affaire entre sa conscience et lui. Les rapports de famille

sont rapports purement privés qui ne regardent pas la cité.

Bientôt cependant des causes multiples, les progrès de la civilisation, l'égalité des droits politiques, les nécessités du commerce ou de la guerre, le développement des idées philosophiques, enfin l'affermissement et l'élargissement du pouvoir social amènent l'émancipation graduelle de l'individu. Dans toute créature humaine, on reconnaît une *personne*, ayant des droits activement et passivement.

Une fois l'enfant reconnu comme sujet de droit, il fallait aviser à la défense de ses droits. On eut recours à un compromis. Le prestige dont restait entourée l'autorité, naguère souveraine, du père, le devoir nouveau de protection que la loi naturelle lui assignait, quoique procédant de deux principes opposés, devaient, à ce moment de transition, concourir au résultat de faire du père seul le gardien des droits de ses enfants.

Il y a encore des hommes, au dix-neuvième siècle, qui en sont restés à cette conception et qui se refusent à considérer comme progrès le chemin qu'on a pu faire depuis lors. Pour eux nous renouvellerons notre question : qui, le cas échéant, protégera les enfants contre leur protecteur naturel et légal? Le père reste maître dans sa famille. Il exerce, comme *autrefois*, les pouvoirs les plus absolus. Il peut, comme *autrefois*, disposer des personnes placées sous sa dépendance. Qu'y a-t-il donc de changé avec *autrefois*, avec le temps où l'enfant n'était pas une personne, mais une chose? — Il y a, dites-vous, une différence immense. — En effet, on donne au père un *conseil*, dont il fera le cas qu'il voudra; on l'*invite* à user de son pouvoir *non ad suum libitum*, comme autrefois, *sed rationabiliter*. — Mais lorsqu'on dit que dans les sociétés primitives le *paterfamilias* était armé de pouvoirs absolus sur ses enfants qui sont sa chose, est-ce que cela veut dire qu'il usait de son droit de vie et de mort sans raison, suivant son seul bon plaisir, est-ce que cela signifie que tous les pères marty-

risaient et immolaient leurs enfants? Assurément non. L'affection naturelle du père et l'intérêt du propriétaire se réunissaient pour plaider la cause des enfants. Mais par cela seul que des abus étaient possibles, par cela seul que s'il se trouvait des parents (comme il s'en trouve malheureusement toujours) assez dénaturés pour méconnaître les inspirations de leur conscience, les enfants se trouvaient sans défense, sans protection contre les exploitations de la cupidité ou de l'immoralité, contre les excès de la colère ou de la cruauté, nous sommes autorisé à dire que dans de semblables sociétés la personnalité humaine n'est pas respectée, que le droit n'existe pas.

J'entends bien qu'on nous dit que le père devra user de son pouvoir *rationabiliter*, avec modération et raison : on affecte de croire qu'il en sera toujours ainsi. Tous les droits qu'on accorde au père sont fondés, nous dit-on (1), « sur la juste présomption que le père n'usera de son autorité que par un sentiment d'affection et pour l'intérêt de l'enfant ». Et si la présomption est en défaut? « Le père, dites-vous, ne doit relever que de sa conscience dans l'usage qu'il fait de son autorité. » La raison? c'est qu'il est impossible qu'il en fasse un mauvais usage (2). Sans doute la loi morale est inscrite au

(1) Bigot-Préameneu, *Discuss. Code civil.*

(2) Nous avons déjà lu dans Bodin des affirmations de ce genre. Elles ont été reproduites en 1841 par un adversaire du projet de loi alors en discussion sur le travail des enfants dans les manufactures : en 1874, nous les retrouvons dans la bouche de M. Pernolet : « Il n'y a pas de meilleur juge des forces de l'enfant et de la mesure dans laquelle il convient de les employer (que le père). » (*Journal off.*, mai 1874, p. 3353). — L'orateur a changé, l'argument est resté le même : il n'est pas devenu meilleur. M. Cauwès fait preuve de beaucoup plus de bon sens lorsqu'il dit dans son *Précis* (t. I, § 95) : « Peut-on compter sur les parents pour s'opposer à ce que leurs enfants soient prématurément employés dans l'industrie, ou y soient employés à des travaux nuisibles à la santé? L'individualiste devrait pouvoir répondre affirmativement et en toute sécurité de conscience à cette question. Mais jusqu'ici la seule protection efficace contre des abus trop multipliés a été celle de la loi. »

« Il est ridicule, disait en 1779 M. l'avocat général de Calissane, d'argumenter de l'atrocité de certains faits pour soutenir que la loi ne doit pas les réprimer:

fond des consciences : mais s'ensuit-il qu'on lui obéisse toujours, surtout en l'absence de toute contrainte extérieure? Prétendre que les droits des enfants et par suite les devoirs des parents n'ont pas besoin d'être inscrits dans les codes et placés sous la garantie des lois équivaudrait à soutenir que les maximes : « Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fît, » et : « Aime ton prochain comme toi-même pour l'amour de Dieu, » rendent inutiles les dispositions du code pénal.

Donc, si l'on veut affirmer que toujours le père usera raisonnablement de son pouvoir, c'est là une affirmation sans valeur, malheureusement démentie par les faits. Si l'on veut simplement établir la présomption que le plus souvent le père usera de son pouvoir dans l'intérêt de ses enfants, nous en tombons d'accord. Mais toute présomption doit admettre la preuve contraire. Si la présomption est renversée, on doit reconnaître à la société le droit d'intervenir pour protéger les enfants que ne protègent plus suffisamment l'affection et la moralité présumées du père de famille. Si l'on veut dire que le père n'usera de son pouvoir que *sub lege et probatione*, sous peine de justifier qu'en fait il en use raisonnablement, la voie du contrôle social est ouverte, et nous avons satisfaction.

Sur quoi repose le droit d'intervention de l'État? Ce droit a véritablement deux fondements. D'abord l'État intervient pour son propre compte, comme directement intéressé. Une des raisons en effet pour lesquelles la puissance paternelle ne saurait être illimitée ni sur le corps ni sur l'intelligence, c'est qu' « à côté de la famille existe la société politique qui a sa part de droit et d'intérêt. » L'intérêt de la conservation de la race, le ménagement des forces physiques en vue du service mili-

refuser de prévenir des faits qui ne sont invraisemblables que parce qu'ils sont atroces, ce serait autoriser l'excès de la tyrannie la plus tyrannique et vouloir que l'invraisemblance devînt la source et le motif de l'impunité. »

taire, la crainte du paupérisme (que peut occasionner une mauvaise éducation morale) et des charges d'assistance qu'il impose à la société, enfin le danger qu'il y aurait dans un pays de suffrage universel à confier le pouvoir souverain à des citoyens ignorants et par suite incapables ou dangereux (1), telles sont les causes multiples qui, en dehors même de toute considération d'humanité, légitiment l'intervention de l'État. Mais il intervient encore à un autre titre, comme pouvoir souverain chargé de faire respecter les droits des individus qui vivent sous sa protection et spécialement, par une tradition séculaire, ceux des mineurs et des incapables.

Personne ne nous contredit plus lorsque nous disons que l'enfant, en tant que personne, a des droits. Toute la question qui s'agite entre nos adversaires et nous est de savoir si ces droits subsistent même vis-à-vis du père : qu'on nous l'accorde, et nous avons cause gagnée. Or, à moins de revenir au système des cités antiques où les droits n'appartenaient pas à l'individu, mais au chef politique du groupe familial, à moins de rétrograder jusqu'à la théorie romaine qui faisait de l'enfant la chose de son père et jusqu'à la doctrine théologique qui fait du père « le roi domestique, le roi par droit, par un droit primitif, par un droit supérieur et divin (2), par

(1) « Dans une société démocratique, écrit M. Cherbulliez (*Revue des Deux-Mondes*, 1er avril 1882), où tout le monde est électeur et exerce sa part de souveraineté, il est naturel et souhaitable que tout le monde sache lire, écrire, compter et apprenne même quelque chose de plus. »

M. Paul Bert justifiait de même la loi sur l'instruction obligatoire dont il était le rapporteur : « La richesse sociale augmente avec l'instruction, la criminalité diminue avec l'instruction ; un homme ignorant non seulement est frappé d'infériorité personnelle, mais il devient ou peut devenir pour la société une charge et un danger. » (*Journal offic.*, 5 déc. 1880, p. 11942.)

(2) Il est assez extraordinaire qu'on veuille transporter dans le gouvernement de la famille le principe du droit supérieur et divin, alors que dans la sphère du gouvernement politique, ce principe ne trouve plus ni représentants ni défenseurs. Dans sa *Dissertation sur les partis*, Bolingbroke dit que les torys se distinguaient des whigs, en ce que pour les premiers « le monarque était le délégué du ciel, » ce qui entraînait « obéissance passive, prérogative, non-résistance, esclavage », tandis que les seconds « regardaient la monarchie comme une institution civile, établie par la nation pour le bien de tous ses membres » et asso-

un droit inaliénable (1) », on ne voit guère que cette question puisse aujourd'hui soulever de difficulté. L'individu est sujet de droit : cela suppose son autonomie. Un droit est ou n'est pas; mais s'il est, il est absolument et à l'égard de tous.

Les droits des enfants seront placés, comme ceux de tous les citoyens, sous la sauvegarde des lois. Il ne nous reste plus qu'à définir quels sont ces droits pour avoir la mesure des obligations des parents, obligations garanties par l'État. Sans entrer ici dans une discussion inutile, nous poserons en principe que l'enfant a droit à ce qu'on respecte et qu'on développe sa triple nature physique, morale et intellectuelle. Ces droits n'ont été reconnus que par l'intervention de l'État. Au point de vue physique d'abord, la vie de l'enfant a été mise à l'abri contre le pouvoir exorbitant que possédait autrefois le père de le laisser mourir ou de le tuer. De même que son corps avait été protégé contre les mauvais traitements, de même au point de vue moral son âme fut protégée contre les mauvais exemples et les mauvais conseils. Non content de cette protection en quelque sorte négative, le législateur est allé plus loin en donnant une sanction légale au devoir incombant au père de développer par l'éducation la personnalité de l'enfant.

L'institution de la puissance paternelle a donc passé par trois grandes phases : 1° l'enfant n'est qu'une propriété lucrative entre les mains du père qui a sur lui de pleins pouvoirs : la société s'en désintéresse complètement; 2° l'enfant, en tant que personne humaine, a des droits; mais, comme son âge et sa faiblesse le rendent incapable de les faire valoir lui-même, c'est son père qui est chargé seul de veiller sur lui jusqu'à sa majorité : tout ce qu'il fait est, sans plus de contrôle, présumé fait dans l'intérêt de l'enfant; 3° l'enfant,

ciaient à leur théorie les idées d' « autorité et indépendance des parlements, liberté, résistance, exclusion, abdication, déposition ». — La puissance paternelle a, elle aussi, comme on le voit, ses whigs et ses torys.

(1) Mgr Dupanloup, *De l'Éducation*, t. II, p. 139.

en tant qu'individu, est placé directement sous la protection de la société. Le père, protecteur naturel de l'enfant, est constitué pendant la minorité de celui-ci, son protecteur légal; mais si, en fait, il manque à son devoir, si par ses antécédents, par son caractère dûment constaté, il n'offre pas les garanties suffisantes, la société qui doit veiller à l'exécution de la dette du père lui succède dans ses obligations, et les droits du père n'étant plus justifiés par les devoirs corrélatifs, dont il est déchargé, elle peut, dans des cas graves, prononcer sa déchéance.

Le Code civil est une œuvre de transition entre la deuxième et la troisième de ces phases : dans certaines de ses dispositions, il semble s'inspirer encore du droit supérieur du père, dans d'autres il admet l'idée du droit de l'enfant. Depuis un siècle, des lois particulières sont intervenues, qui ont poussé définitivement la législation dans ce dernier sens (1). Si l'évolution n'est pas encore achevée aujourd'hui, le caractère nouveau de l'autorité paternelle se dégage nettement, et nous nous rapprochons tous les jours du but par des étapes décisives. Le Code Napoléon, par les influences contradictoires qui ont présidé à son élaboration, conserve encore, il est vrai, des traces de l'ancien principe; mais ces inconséquences sont destinées à disparaître. L'ensemble des projets dus à l'initiative de M. le sénateur Roussel et de quelques autres philosophes et philanthropes, les uns déjà votés par les deux chambres, les autres votés seulement par le sénat (2), réalisent sous ce rapport un progrès caractéristique.

(1) Il faut noter dans cet ordre d'idées le choix des sujets mis au concours en 1876 par l'Académie de législation de Toulouse (l'ouvrage couronné fut le mémoire de M. Fuzier-Herman : *De la protection légale des enfants contre les abus de l'autorité paternelle*), en 1881 par la Faculté de droit de Paris (*Protection des intérêts moraux et pécuniaires des mineurs*, qu'ils soient ou non en tutelle), en 1882 par l'Académie des sciences morales et politiques (*Protection de l'enfance, au point de vue des enfants trouvés et assistés, ou délaissés par leur famille*).

(2) Une ligue s'est fondée l'année dernière, sous la présidence de M. J. Simon et avec le concours de personnalités éminentes, dans le but d'activer le vote définitif de ces projets.

Ces projets de réforme ont soulevé des résistances passionnées, qui ont trouvé un interprète éloquent et convaincu dans l'auteur d'une des thèses soutenues dernièrement devant la faculté de droit de Paris (1).

Nous nous trouvons en présence de deux séries d'objections, présentées au nom de théories bien différentes. On reproche à l'État son intervention abusive dans des rapports privés et, se servant comme d'un épouvantail du gros mot de socialisme, on se fait le champion des droits et libertés du père de famille (2) contre ce qu'on appelle les empiètements de l'État. Tel est le terrain sur lequel se rencontrent, dans un disparate accord, des libéraux comme Herbert Spencer et des conservateurs comme M. Le Play.

Si l'on n'y prend garde, dit H. Spencer (3), « l'accroissement de la liberté apparente sera suivi d'une diminution de la liberté réelle... Des mesures dictatoriales, se multipliant rapidement, ont continuellement tendu à restreindre les libertés individuelles, et cela de deux manières : des réglementations ont été établies, chaque année en plus grand nombre, qui imposent une contrainte au citoyen là où ses actes étaient auparavant complètement libres, et le forcent à accomplir des actes qu'il pouvait auparavant accomplir ou ne pas accomplir, à volonté. En même temps des charges publiques, de plus en plus lourdes, surtout locales, ont res-

(1) M. Planteau du Maroussem, *Du contrôle de la justice sur les droits paternels de correction et d'éducation,* en droit français. Thèse de doctorat, 7 juin 1887.

(2) Nous supposons qu'on ne veut parler que des droits du père. Car il serait véritablement peu sérieux de présenter comme attentatoires à la liberté des enfants les mesures que prend l'État pour leur protection. Sur quoi, en effet, fonde-t-on le principe de non-intervention? « Sur ce que la plupart des personnes voient avec plus de justesse et d'intelligence leur intérêt et ce qui peut le mieux le servir qu'on ne saurait le leur faire concevoir par un acte de la législature ou par l'indication que donnerait un fonctionnaire public. » (Stuart-Mill, *Princ. d'économ. polit.*, liv. V, c. XI, § 9). Mais si l'individu est encore enfant, c'est-à-dire incapable de juger, le principe disparaît, et avec lui la conséquence qu'on en tire.

(3) *L'individu contre l'État.* Préface.

treint davantage sa liberté en diminuant cette portion de ses profits qu'il peut dépenser à sa guise, et en augmentant la portion qui lui est enlevée pour être dépensée selon le bon plaisir des agents publics. » L'auteur part de ces observations, justes en elles-mêmes, pour critiquer ce qu'il appelle la *désintégration* de la famille et pour condamner comme attentatoires aux libertés individuelles la réglementation du travail des enfants et des femmes dans les manufactures, la vaccination et l'éducation rendues obligatoires (1), etc.

Disons d'abord qu'en principe nous sommes très disposés à faire campagne avec H. Spencer pour l'individu contre l'État. Mais si la question qui nous occupe se rattache, il est vrai, au grand problème des temps modernes : les rapports de l'individu et de l'État, il faut reconnaître qu'elle offre quelque chose de particulier qui complique la solution, qui fait qu'on ne saurait la trancher d'un seul mot : la liberté. On se trouve, en effet, en présence d'individus mineurs, faibles et inexpérimentés, incapables de discernement et de résistance, au sujet desquels il faut prendre un parti, sur lesquels on est forcé d'exercer une action devant avoir sur leur avenir la plus grande influence. Il n'y a donc pas en réalité à discuter sur le principe même de la tutelle, mais uniquement sur ses organes et sur son fonctionnement.

Nous trouvons dans H. Spencer lui-même des aveux significatifs. « Pour qu'une espèce supérieure se continue, dit-il (2), il faut qu'elle se conforme à deux principes radicalement opposés. Les membres doivent être traités d'une façon contraire dans leur enfance et à l'âge adulte. » Nous ne disons pas autre chose. A qui est majeur, maître de sa personne, il se peut qu'il ne faille que la liberté ; mais il faut au mineur une

(1) *L'Individu contre l'État*, passim. — *Principes de Sociologie*, ch. XII, Passé et avenir de la famille.

(2) *L'Individu contre l'État*, p. 96.

protection spéciale qui supplée à son impuissance (1). C'est au nom même des doctrines individualistes que nous réclamons énergiquement l'intervention de l'autorité, comme l'unique moyen de défendre les droits des incapables. Le laisser faire, on l'a déjà dit, peut devenir un moyen de plus pour le fort d'écraser le faible. On se trouve placé entre ces deux alternatives : tutelle sociale ou absorption par le groupe, intervention de l'État ou despotisme du chef de famille.

H. Spencer le reconnaît d'ailleurs indirectement lorsqu'il porte le jugement suivant sur la famille romaine : « Une société dans laquelle les hommes relativement peu nombreux qui possédaient le pouvoir politique et jouissaient d'une certaine liberté, étaient autant de petits despotes maintenant non seulement leurs esclaves et leurs inférieurs mais même leurs enfants dans une servitude aussi absolue que leur bétail, une telle société peut être considérée plutôt comme ayant été sous le joug d'un despotisme ordinaire que comme une société de citoyens politiquement égaux. »

Donc quand le même auteur accepte le nombre de restrictions « nécessaire pour empêcher toute agression directe ou indirecte, c'est-à-dire nécessaire pour maintenir la liberté de chacun contre les empiètements des autres (2) », il légitime par là même le principe en vertu duquel l'État intervient pour protéger l'enfant contre les abus de la puissance paternelle. De semblables restrictions peuvent être désignées, ainsi qu'il le dit lui-même, « comme négativement coercitives, et non comme positivement coercitives (3) ».

(1) C'est ainsi que M. Yves Guyot, qui n'est pas suspect, admet parfaitement que l'on protège les enfants et les filles mineures; mais en revanche il n'admet pas qu'on donne à la femme une protection extraordinaire, la femme ne devant pas être, suivant lui, assimilée à une mineure et à une incapable. (Séance de la chambre du 2 juin 1888.)

(2) *L'Individu contre l'État*, p. 23.

(3) Suivant M. Dunoyer (*Lib. du travail*, liv. VIII, ch. IV) l'État ne serait autorisé à prendre que des mesures répressives : les mesures préventives lui se-

M. Le Play (1), qui dans ses essais de généralisation sociale a eu le tort de s'inspirer des préjugés inconscients de son esprit plutôt que des résultats impartiaux de l'expérience, n'est pas tombé dans cette inconséquence. Il comprend bien que l'individualisme est inconciliable avec la thèse qu'il défend. Aussi prend-il comme point de départ l'affirmation toute contraire. Pour lui, l'individu n'existe pas ; le groupe naturel, la véritable unité sociale, c'est la famille. Si, admettant ce point de vue qui a été vrai à une certaine époque, mais qui ne l'est certainement plus aujourd'hui, vous lui demandez ce que deviennent dans l'intérieur du groupe les droits des enfants (2), il vous répondra que ce qui se passe dans la famille ne regarde pas les étrangers, que d'ailleurs le Créateur en donnant au père une autorité absolue et sans partage a voulu assurer le bonheur des membres de la famille et qu'il est impie de douter que ce but soit toujours atteint. Si vous le pressez, il invoquera le Décalogue, les témoignages des *Autorités sociales* et la *Constitution essentielle* de l'humanité.

Pour s'expliquer la vivacité de ces résistances, il faut aller au fond des choses et pénétrer sous l'apparence des mots. La vérité, c'est que sur ce terrain et sous cette étiquette se poursuit l'éternelle lutte entre le passé et l'avenir, entre les stationnaires et les progressistes. La vérité, c'est qu'il y a, comme

raient interdites. Mais souvent le dommage causé sera irréparable, et il vaut mieux prévenir à temps que réprimer trop tard. (V. M. Cauwès, *Précis*, I, § 106.)

(1) Il faut mettre à part dans l'œuvre considérable de M. Le Play ses monographies, en général intéressantes, et surtout son enquête, si complète et si décisive, sur les déplorables résultats de notre régime successoral.

(2) Une preuve que M. Le Play se soucie assez peu des droits des enfants, c'est qu'il admet la liberté testamentaire. Le droit absolu de tester se comprend dans la théorie individualiste où il est considéré comme un accessoire du droit de propriété ; il ne se conçoit guère dans un système où l'unité sociale est la famille. Dans les sociétés où la famille est compacte et soumise à une règle et à une discipline sévères, on cherche un contrepoids à la situation faite aux enfants ou plutôt à tous les communiers, en leur reconnaissant un droit sur les biens communs, en leur accordant même un droit permanent au partage et à la liquidation.

l'a remarqué M. de Tocqueville (1), une connexion intime entre l'organisation de la famille et l'organisation politique de la société, et qu'en feignant de défendre les libertés paternelles, ce n'est pas de liberté qu'on se soucie.

Mais ces efforts resteront infructueux. S'il est vrai, comme le prétend l'illustre publiciste, que « l'individualisme soit d'origine démocratique et qu'il menace de se développer à mesure que les conditions s'égalisent (2) », nous y trouvons une nouvelle confirmation de ce fait que l'individualisme est la loi, le *fatum* du siècle. A quoi sert de le nier? Le sage recherche la loi de son temps, l'étudie, et lorsqu'il est parvenu à la constater, à la connaître, il s'y soumet et s'efforce d'en tirer le meilleur parti possible. Que l'individualisme poussé à l'extrême expose une société à de grands dangers, qui le conteste? Ne laissant que des milliers d'individus désarmés, isolés, indifférents les uns aux autres, en face d'un géant, l'État, il rend le despotisme plus à craindre (3). Mais de même que pour soustraire l'individu au despotisme du groupe, famille ou tribu, il a fallu l'intervention de l'État, de même pour échapper au péril du despotisme social il

(1) « Dans les pays aristocratiquement et hiérarchiquement organisés, le pouvoir ne s'adresse jamais directement à l'ensemble des gouvernés. Les hommes tenant les uns aux autres, on se borne à conduire les premiers. Le reste suit. Ceci s'applique à la famille, comme à toutes les associations qui ont un chef. Chez les peuples aristocratiques, la société ne connaît, à vrai dire, que le père. Elle ne tient les fils que par les mains du père; elle le gouverne et il les gouverne. Le père n'y a donc pas seulement un droit naturel. On lui donne un droit politique à commander. Il est l'auteur et le soutien de la famille; il en est aussi le magistrat.

« Dans les démocraties, où le bras du gouvernement va chercher chaque homme en particulier au milieu de la foule pour le plier isolément aux lois communes, il n'est pas besoin de semblable intermédiaire; le père n'est aux yeux de la loi qu'un citoyen plus âgé et plus riche que ses fils. » (*La Démocratie en Amérique*, III, Influence de la démocratie sur la famille.)

(2) « L'aristocratie avait fait de tous les citoyens une longue chaîne qui remontait du paysan au roi; la démocratie brise la chaîne et met chaque anneau à part. » (*Ibid.*, III, De l'individualisme dans les pays démocratiques.)

(3) *Démocratie en Amérique*, III, Comment les Américains combattent l'individualisme par des institutions libres.

suffira de donner aux forces individuelles une organisation assez puissante pour dénoncer les abus du pouvoir et pour arrêter ses empiètements (1). Les individus ne sont complètement à l'abri que lorsque les forces rivales qui pourraient les absorber se maintiennent en équilibre et se neutralisent en se contrebalançant.

Ceci nous ramène à nous demander si l'État, en protégeant la personne des enfants contre les abus possibles de l'autorité paternelle, sort de ses limites et porte réellement atteinte aux droits du père de famille. Poser maintenant la question, c'est la résoudre. « Car ici il ne s'agit plus que de savoir si le gouvernement doit laisser aux individus une autorité absolue sur les intérêts et les actions d'autrui (2). » Cela est évident et résulte de la personnalité distincte attribuée à l'enfant et des droits individuels qu'on lui reconnaît. On proteste cependant lorsque Stuart-Mill ajoute (3). « On peut abuser de la puissance paternelle comme de toute autre puissance et en fait on en abuse tous les jours. Si la loi ne peut empêcher les père et mère de maltraiter brutalement et même de tuer leurs enfants, à plus forte raison doit-on penser que bien souvent les intérêts des enfants sont sacrifiés d'une manière plus vulgaire et moins révoltante à l'égoïsme ou à la maladresse de leurs père et mère. Lorsqu'il est bien constant que des père et mère doivent faire ou supporter quelque chose

(1) H. Spencer prétend qu'il importe peu que le pouvoir soit entre les mains d'un corps responsable, soumis de temps en temps à la réélection. (*L'individu contre l'État,* p. 20 et 21.) Il importe cependant beaucoup. Car le pouvoir, étant constamment tenu en échec, « ne contrôlera qu'autant qu'il sera nécessaire dans l'intérêt de chacun en particulier et de tous en général ». (*Ibid.*, p. 60.) Voir M. Cauwès, *Précis,* t. I, § 103.

(2) Vauvenargues (*Réflexions et maximes*, CLXII) disait : « Il faut permettre aux hommes de faire de grandes fautes contre eux-mêmes pour éviter un mal plus grand, la servitude. » Sans doute; mais il ne faudrait pourtant pas, par amour de la liberté, permettre à la liberté de quelques-uns d'empiéter sur la liberté des autres. « Mieux vaut beaucoup de gouvernement, écrit M. J. Simon (*La liberté,* 1859, t. II, p. 185) que beaucoup de désordre. »

(3) *Principes d'économie politique,* liv. V, ch. XI, § 9.

dans l'intérêt de leurs enfants, la loi est autorisée à les contraindre, si elle le peut, de le faire et de le supporter, et en général elle le doit. » « Et voilà, s'écrient nos adversaires, où peut conduire l'axiome que l'individu est l'élément primordial des sociétés ! »

Eh! sans doute, et qu'y a-t-il là de si nouveau et de si exorbitant? Ce n'est pas d'aujourd'hui ni même d'hier que les lois d'*utilité publique* se sont fait jour. « On a fait du socialisme sous forme d'impôts, de chemins, de canaux, etc. On a dit à ce propriétaire qui au moyen âge eût usé de son droit et barré la rue aux trois quarts : Tu seras soumis à l'alignement. A ce constructeur : Ta maison ne s'élèvera pas plus haut que dans les proportions déterminées par la loi. A ce possesseur du sol : Ta propriété est utile à tous les citoyens, il faut que tu la leur abandonnes. — Mais j'y tiens, mais mon père est mort ici, mon fils y est né! — Tant pis pour toi! Au nom de l'utilité publique, moi, l'État, je te dépossède en t'indemnisant. Bref, on a rogné les ailes à l'ancienne liberté... Eh! quoi! vous mettez au nom de l'utilité publique un frein au despotisme de la propriété; vous enchaînez l'avidité du capital en fixant le taux de l'intérêt, vous préservez le passant de l'écroulement des maisons par des lois d'édilité, » vous allez jusqu'à protéger les bêtes, les animaux du bon Dieu, comme dit le peuple en son naïf langage, contre les brutalités de leurs maîtres, et le sort de l'enfant seul vous verrait indifférents! N'est-il donc pas, lui aussi, une créature du bon Dieu, n'a-t-il pas une âme, n'est-il pas une personne?..

Alors que je suis trop jeune pour pouvoir gagner ma vie, trop faible pour me défendre, trop ignorant et trop inexpérimenté pour juger du bien et du mal, « n'est-il pas tout simple qu'avant de me préserver des accidents éventuels, vous pensiez à me sauver des accidents de tous les jours, la faim », les mauvais traitements, la corruption?

« Voyez le monde depuis son point de départ, étudiez les lois, suivez leur épanouissement..., et vous verrez qu'il n'est pas une de nos libertés publiques qui ne soit le résultat d'une conquête sur la licence individuelle (1). La liberté vit des sacrifices de l'individu à la masse des associés, ou plutôt ce que l'on prend pour sacrifice n'est que la mise en commun d'une quantité de libertés capricieuses et personnelles pour en constituer une liberté publique... Il y a développement, et non amoindrissement. Je suis maître d'un champ. L'économiste anglais me dira que j'en puis user et abuser, *uti et abuti*. Plus tard la raison me dira que je n'ai pas le droit d'en abuser sans nuire à la cause commune. Je renoncerai donc à cette dernière et stérile liberté, et ce renoncement passera dans la loi au nom de l'intérêt public. Plus tard, ma liberté de possesseur devra subir une restriction nouvelle. Il a été reconnu qu'une route tracée à travers mon champ faciliterait les communications de la commune à la commune voisine, et donnerait aux échanges une féconde activité? Nouveau renoncement qui prendra force de loi. Plus tard il me sera interdit d'élever sur mon champ des bâtiments destinés à la fabrication de produits insalubres; plus tard encore la forme et la hauteur des bâtiments que j'élèverai seront déterminés par la loi. Et c'est ainsi que la vraie liberté, la liberté publique ou collective marche de conquête en conquête sur la liberté individuelle (2). »

(1) On confond trop souvent la licence, qui ne connaît pas de frein, et la liberté qui n'est pas incompatible avec une règle. L'homme le plus libre, en ce sens, serait celui qui suit sa fantaisie et qui obéit à ses passions. S'il est admis au contraire que les restrictions morales, provenant de ce que Kant appelle l'impératif catégorique et de ce que nous appellerons plus simplement la voix du devoir, les habitudes de délicatesse laissent intacte la liberté de l'honnête homme qui s'y soumet, pourquoi les dispositions légales qui viennent donner une sanction à la loi morale constitueraient-elles davantage des atteintes à la liberté humaine? « Loin d'être le droit de tout faire, disait dans son préambule un décret du 21 oct. 1789, la liberté n'existe que par l'obéissance aux lois. »

(2) Avec les progrès de la société, les liens qui rattachent l'homme à ses semblables deviennent plus nombreux et plus forts, l'intérêt général l'emporte de

Si nous avons cité ce passage (1), bien qu'un peu long, c'est qu'en nous retraçant les restrictions, de jour en jour plus nombreuses, apportées au nom de l'intérêt social au droit primitif du propriétaire, il fournit, croyons-nous, à notre thèse un puissant argument *a fortiori*. Car, il ne faut pas l'oublier, les parents n'ont sur leurs enfants aucun droit de propriété : « l'enfant est une personne et l'on n'a légitimement de puissance ou de droit que sur les choses (2) ». Il suffirait donc, pour légitimer nos conclusions, de rappeler l'axiome de droit bien connu : « La liberté et le droit de chacun finissent là où la liberté et le droit d'autrui commencent. »

Nous ne voudrions pas qu'on exagérât notre pensée et qu'on nous accusât de pousser l'individualisme ou le socialisme au point de passer complètement sous silence les droits des parents sur la personne de leurs enfants. Nous ne les nions ni ne les oublions. Nous cherchons seulement à maintenir la balance égale entre tous les droits en présence. Or il y en a trois. Développons-les.

Les enfants entrent par la naissance dans deux groupes : la famille et la patrie. Ces deux groupes, en retour de la protection qu'ils leur assurent pendant leur minorité, des sacrifices qu'ils font pour les conduire à l'âge d'hommes,

plus en plus sur l'intérêt particulier. Cette évolution a fait dire à H. Spencer qu'il viendrait un temps où « chaque membre de la communauté considéré comme individu serait l'esclave de la communauté dans sa totalité. » (*L'Individu contre l'État,* p. 61.) Comment cet *esclavage futur* pourra-t-il se concilier avec l'individualisme et la liberté? L'individualisme est susceptible de trois phases : 1° égoïsme féroce, absorption du droit d'autrui, despotisme (Hobbes, Machiavel); 2° respect du droit d'autrui, conservation de son droit propre, *suum cuique*, à chacun le sien ; égalité conditionnelle (Helvetius) ; 3° héroïsme, sacrifice, fraternité (Emerson). Et quant à la liberté, sa forme la plus élevée ne consiste-t-elle pas à se rendre compte de la nécessité ou de l'utilité de certaines choses et à s'y plier de bonne grâce par une discipline ou un sacrifice volontaires, en vue d'une fin supérieure?

(1) Extrait d'un livre de M. Hippolyte Castille, *les Hommes et les mœurs en France sous le règne de Louis-Philippe*, 1853, ch. III, p. 89 et suiv.

(2) M. Em. Acollas, *Philosophie de la science politique*, p. 46.

pourront plus tard exiger d'eux l'accomplissement de certains devoirs.

Les parents d'abord ont droit au respect et à l'obéissance de leurs enfants, qui sont tenus moralement de leur donner toutes les satisfactions qu'ils peuvent leur procurer. De plus, pour que les parents aient le moyen de s'acquitter de leur dette naturelle, il faut qu'ils puissent conserver leurs enfants sous leur direction. « Les parents ne se bornent pas à en appeler au devoir des enfants pour les faire rentrer en leur possession, lorsqu'ils se sont échappés, mais ils sont autorisés, dit Kant (1), à mettre la main sur eux comme sur des choses (comme sur des animaux domestiques échappés) et à les tenir enfermés. »

L'État, lui, pourra plus tard exiger de ces mêmes enfants le service militaire (2) et, si nous pouvons parler ainsi, le service civique, c'est-à-dire l'accomplissement de tous les devoirs incombant dans une société libre à un citoyen vraiment digne de ce nom. Voilà pourquoi l'État qui a besoin de soldats vigoureux, de citoyens éclairés et dévoués, a le droit de demander aux parents qu'ils mettent leurs soins à faire autant que possible de leurs enfants des hommes au corps robuste en même temps que des hommes de devoir, de moralité et d'intelligence. Si ceux-ci ne s'acquittent pas de cette tâche, si, par leur exemple et le mauvais usage de leur autorité, ils compromettent le corps et l'âme de leurs enfants, l'État peut lui-même prendre à sa charge les obligations qu'ils ne remplissent pas. Il y est autorisé par la nécessité

(1) *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit,* § XXIX. — C'est pour cela que Kant appelle le droit des parents *un droit personnel d'espèce réelle,* c'est-à-dire un droit « qui consiste à posséder un objet extérieur comme une chose et à en user comme d'une personne ». (§ XXII.)

(2) Aussi croyons-nous que l'Assemblée législative était parfaitement dans son droit en contraignant les parents d'enfants émigrés à fournir à leurs frais, en leur lieu et place, un soldat à la patrie (décr. du 9 sept. 1792) ou à fournir l'habillement, armement et solde de deux hommes par chaque enfant émigré. (Décr. du 12 sept. 1792.)

de sauvegarder ses droits incontestables. Le droit constitutionnel déclare légitimes toutes les mesures que l'État doit prendre pour sauvegarder son existence ou assurer son développement (1). Celles dont nous parlons ont au premier chef ce caractère.

Reste le droit des enfants auquel ne doivent porter atteinte ni les droits des parents ni les droits de l'État (2). Ce droit, « c'est pour tous ceux qui naissent en ce monde le droit d'être élevés à la qualité d'homme, à l'exercice des droits que cette qualité confère, à la pratique des devoirs qu'elle impose;... c'est le droit à être développé, à devenir un homme, une conscience, une liberté responsable (3). »

Or il est facile de voir que, par une heureuse harmonie, tous ces droits, en apparence opposés, se concilient et tendent en réalité au même but, tous supposant comme condition préalable et nécessaire, l'exécution du droit même de l'enfant, à savoir son développement physique, moral et intellectuel.

En résumé, après avoir montré que le besoin de protection a été, à l'origine, le principal facteur du groupement familial, des religions et des sociétés, nous avons vu que cette protection, d'abord très imparfaite, simplement extérieure, a été, à Rome et dans notre ancienne France, de jour en jour mieux assurée, dans l'intérieur même de la famille, grâce à l'intervention de l'État. Nous avons donc pu présenter comme

(1) Voir notamment M. Bluntschli, *Théorie de l'État,* trad. de Riedmatten, p. 276.

(2) « En réclamant pour l'enfant la protection de l'État, dit M. Laurent (*Principes de droit civil français,* t. IV, n° 259), nous n'entendons pas que l'État exerce sur lui cette autorité absolue que nous contestons au père. Non, l'enfant n'appartient pas plus à l'État qu'il n'est la propriété de ceux qui lui ont donné la vie; il appartient à lui-même. » Le droit de l'enfant n'existait pas dans les sociétés antiques. On le sacrifiait tantôt au droit de la famille comme à Rome, tantôt au droit de la cité, comme en Grèce.

(3) M. Em. Acollas, *l'Enfant né hors mariage,* p. IX et 106 (1870).

le couronnement naturel et nécessaire d'une longue poussée d'efforts persévérants les lois et les projets actuels qui tendent à un plus grand affranchissement de l'individu, à une surveillance plus efficace des intérêts des enfants et de la société et à une protection plus réelle des droits et libertés de chacun. On n'a qu'à jeter les yeux sur les législations étrangères (1) pour se convaincre que ce mouvement n'est pas spécial à notre pays, qu'il s'étend avec la même généralité et la même force à toutes les nations civilisées. Nous avons donc la pleine assurance que les idées que nous avons défendues représentent bien la loi de l'histoire : car nous pouvons appliquer à nos conclusions les paroles de M. Laboulaye (2) : « Qu'on étudie l'organisation de la propriété ou l'organisation de la famille, un même fait frappera toujours le lecteur attentif, c'est l'unité de développement dans les institutions et les lois des peuples d'Europe. Et la conclusion à tirer de ces études, c'est que toutes les nations du continent sont solidaires et s'entraînent mutuellement vers un but commun. Cette marche commune (qu'on l'étudie dans la littérature, dans la politique, dans la philosophie, dans la jurisprudence), c'est sous un autre nom la civilisation. »

S'il est vrai que la cause que nous avons eu l'honneur de défendre est la cause même de l'humanité et de la civilisation, les esprits attardés dans de stériles regrets auront beau répéter avec obstination que « la véritable cellule de l'organisme social n'est pas l'individu, mais la famille, qu'il faut qu'elle vive d'une vie à elle, souverainement dirigée par le chef qui se trouve à sa tête (3) »; leurs récriminations ne nous

(1) Voir l'exposé de M. Pradines, substitut du procureur général à la cour de Paris, dans le *Bull. de la Soc. de législ. comparée*, 1880, février, p. 113.

(2) *Condition civile et politique des femmes*. Préface.

(3) M. Planteau du Maroussem, Thèse de doctorat, 7 juin 1887, p. 160. Au fond nous sommes persuadé que cette formule dépasse la pensée de l'auteur. Il y aurait mauvaise foi de notre part à croire qu'il veuille rendre au père son droit absolu de vie et de mort. Mais alors pourquoi, toutes les fois qu'on discute quel-

troubleront pas. Ce sont « protestations de gens qui ne veulent pas mourir », elles n'empêcheront pas le temps de faire son œuvre, ni la terre de tourner, ni le monde de marcher.

que mesure ayant trait à la protection de l'enfance, répondre par un *non possumus* immédiat, en invoquant, comme un dogme, l'inviolabilité de la puissance paternelle, avec ses deux corollaires : indépendance du père, abstention de l'État. Le vieux duc de Broglie lui-même ne dit-il pas dans ses *Souvenirs* qu'il ne peut y avoir de dogmes, c'est-à-dire quelque chose de supérieur à la raison et à l'intérêt social. Nous nous sommes donné bien du mal pour établir par l'histoire et le raisonnement la légitimité de l'intervention de l'État et de la protection légale de l'enfance et nous paraitrons peut-être, aux yeux des esprits sensés et non prévenus, avoir enfoncé des portes ouvertes et être parti en guerre contre des moulins à vent. Mais c'est la faute à nos adversaires. Pourquoi ne pas nous prêter leur concours pour étudier les termes d'une réglementation, qui, maintenue dans de sages limites, doit pouvoir, suivant nous, se concilier avec l'autorité légitime du père de famille, plutôt que de perdre leur temps à batailler sur un principe, qu'ils ne peuvent repousser entièrement sans inconséquence ?

FIN.

POSITIONS

PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

I. — La famille antique eut pour première origine le besoin de protection : les croyances religieuses, nées dans son sein, contribuèrent à lui donner sa constitution originale.

II. — La famille antique est préexistante à la formation de la cité. Les premières lois émanées du pouvoir social, civil ou religieux, ont eu pour but, non de créer les attributions des chefs de famille, mais de les restreindre.

III. — Il faut expliquer par des causes extra-légales l'absence prolongée de lois réprimant les excès de la puissance paternelle : lorsque ces causes disparurent, l'intervention de la législation dans le domaine de la famille ne pouvait plus être évitée.

IV. — Le mouvement qui transforma peu à peu le droit romain eut pour cause la nécessité de mettre le droit en harmonie avec les besoins sociaux et les idées nouvelles : la protection des enfants majeurs précéda et prépara celle des enfants en bas âge.

V. — A Rome, l'avortement ne fut d'abord puni qu'en tant que, pratiqué par ou sur la femme à l'insu du mari, il fraudait ce dernier d'un fruit dont il lui appartenait seul de disposer : il finit par être, dans tous les cas, assimilé, de la part d'un étranger à un homicide et de la part des parents à un parricide.

VI. — Dans la L. 38, § 5, Dig., XLVIII, 19, le mot *homo* ne s'applique, comme l'ont cru les anciens interprètes, ni à l'homme auquel un breuvage abortif aurait été administré par erreur ni, comme le prétendent MM. Chauveau et Faustin Hélie (*Théorie du Code pénal*, t. IV, ch. XLV, § 2) au fœtus lui-même auquel la loi donnerait ce nom parce qu'elle le

suppose animé : le mot *mulier* se rapporte seul aux expressions *poculum abortionis*, le mot *homo* se rapporte aux mots *poculum amatorium*.

VII. — Le texte de Paul (L. 25, *Dig.*, III, 4) suppose que, de son temps déjà, l'infanticide était puni par la loi : le jurisconsulte s'efforce d'étendre à l'exposition, au refus d'aliments, etc., la même répression. Par suite d'une action coutumière, extra-légale, l'infanticide s'était vu appliquer les lois *Cornelia de Sicariis* et *Pompeia de Parricidiis* et l'exposition avait été assimilée, suivant le vœu de Paul, à l'infanticide. Cette action coutumière fut confirmée législativement par l'édit de Constantin (*Code Théod.*, IX, 14) qui étend au meurtre d'un enfant par ses parents la peine du parricide (318), par l'édit des empereurs Valentinien, Valens et Gratien (L. 8, *Code*, IX, 16, *ad leg. Cornel. de Sicar.*) qui punit de la peine capitale l'infanticide commis par un étranger (374), enfin par un autre édit des mêmes empereurs (L. 2, *Code*, VIII, 52) qui frappe l'exposition des mêmes peines que l'infanticide (374).

VIII. — La condition juridique des enfants exposés se réglait sur la situation de fait dont ils jouissaient auprès de celui qui les avait recueillis.

IX. — Le père, par l'exposition, perd les attributs utiles de la puissance paternelle, mais, même après Constantin, il conserve le droit de réclamer son enfant, s'il présente au juge des garanties suffisantes.

DROIT FRANÇAIS.

X. — Les contingents dus par l'État et les communes aux départements chargés du service des enfants assistés ne doivent être calculés qu'après déduction faite sur les dépenses intérieures et extérieures du produit des fondations spéciales et amendes de police correctionnelle.

XI. — La déchéance de l'art. 335, § 2 du Code pénal, s'applique à tous les enfants et comprend tous les attributs de la puissance paternelle.

XII. — Les tribunaux ont, de par le Code civil et l'esprit

de leur institution, le droit d'intervenir pour réprimer les abus du droit de correction et l'oubli ou les écarts du droit d'éducation : l'enfant même ou, à son défaut, la mère ou le ministère public peut actionner le père en justice pour le contraindre à exécuter les obligations de l'art. 203.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

I. — L'exception de dol, opposée à une *condictio certi*, alors même qu'elle ne tendrait qu'à établir l'exagération de la prétention du demandeur, doit entraîner, si elle est admise, l'absolution complète du défendeur.

II. — Même dans les contrats de droit strict il y a, en dehors des mots techniques, des membres de phrases empruntés à la langue vulgaire ou rédigés au gré des parties, qui doivent être interprétés d'après l'intention des parties (détermination de l'objet, exécution de la condition, etc.)

III. — Le dépositaire peut retenir le dépôt *propter impensas necessarias*.

IV. — Le bénéfice de la L. 2, Cod., *de resc. vend.* (IV, 44) n'est pas accordé au vendeur qui n'ignorait pas la valeur exacte de la chose vendue.

V. — L'usufruit, constitué par stipulation, n'est garanti que par une action personnelle.

VI. — La promesse *dolum abesse* ne rend pas en principe responsable du dol d'un tiers.

CODE CIVIL.

I. — L'enfant naturel peut être adopté par le père ou la mère qui l'a reconnu.

II. — Les enfants renonçants ne comptent pas dans le calcul de la réserve.

III. — La saisine est attribuée à l'héritier sous la condition résolutoire de sa renonciation.

IV. — Si le mari a aliéné seul le propre de sa femme commune en biens, et si celle-ci vient à accepter la communauté, elle conservera un recours pour le tout contre l'acquéreur.

DROIT INTERNATIONAL.

L'article 9 du Code civil entend parler de la majorité du pays originaire de l'étranger.

DROIT PÉNAL.

La tentative d'avortement, même commise par tout autre individu que par la femme enceinte, est impunie.

DROIT COUTUMIER.

Le régime de communauté n'a pas une origine unique : il a été le résultat d'une action coutumière lente et complexe, ayant son point de départ dans les lois barbares.

DROIT ADMINISTRATIF.

La délégation volontaire faite par le maire de ses fonctions d'officier de l'état-civil, dans un autre ordre que celui prescrit par l'art. 14 de la loi du 18 juillet 1837 combiné avec les art. 5 de la loi du 21 mars 1831 et 4 de la loi du 5 mai 1855, n'est pas irrégulière. Si elle l'était, la sanction ne serait pas la nullité.

Vu par le Président de la Thèse,
CH. LEFEBVRE.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le vice-recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Typographie Firmin-Didot. — Mesnil (Eure).

TYPOGRAPHIE FIRMIN-DIDOT. — MESNIL (EURE).

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

LE LUXE ET LES LOIS SOMPTUAIRES

ÉCONOMIE POLITIQUE

DE

L'INFLUENCE DU LUXE

SUR LA RÉPARTITION DES RICHESSES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 28 juin 1888, à 1 heure

PAR

PAUL DUBOST

M. CAUVÈS *Président*

Suffragants : MM. DEMANTE, BEAUREGARD, *professeurs.* CHAVEGRIN. *agrégés.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE
23, RUE RACINE, 23
1888

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

LE
LUXE ET LES LOIS SOMPTUAIRES

INTRODUCTION

Le luxe fut toujours à Rome affaire d'État ; les magistrats se crurent toujours le droit de contrôler les mœurs et de réprimer le luxe. De cette conception du rôle de l'État sont sorties en droit romain toute une série de mesures sans analogue dans nos législations modernes, et dont l'analyse forme l'objet de ce travail.

Très diverses de nature et de procédés, ces mesures présentent toutes ce caractère commun de régler la vie privée des citoyens. L'autorité du magistrat romain ne s'arrêtait pas en effet au seuil du domicile ; elle suivait le citoyen jusque dans sa maison. Macrobe, faisant l'histoire des lois rendues sous la République, pour régler les dépenses de table des particuliers, ajoute, comme une conséquence toute naturelle, que pour en as-

surer l'application on dût ordonner de dîner et de souper portes ouvertes (1) ; et Suétone raconte que lorsque César entreprit de restaurer les mœurs et de faire revivre les lois somptuaires, il envoyait des licteurs et des soldats saisir jusque sur les tables les mets défendus, qui avaient échappé à la vigilance des gardes du marché (2).

Tout cela choque nos idées modernes, et notre façon de concevoir les droits et les devoirs de l'État. Il ne faut cependant pas oublier, en étudiant ces mesures somptuaires, qu'elles n'avaient nullement aux yeux des Romains le caractère odieux et vexatoire, que nous sommes tentés de leur prêter. La distinction de la vie publique et de la vie privée était dans l'antiquité beaucoup moins nette et beaucoup moins tranchée qu'aujourd'hui ; et ce qui nous paraîtrait inquisition insupportable n'était aux yeux des contemporains de Caton ou de César que l'exercice légitime du droit le plus incontestable de l'État. Disons mieux, la surveillance des mœurs et la répression du luxe étaient un devoir pour les magistrats.

On sait que ce devoir fut confié à deux magistrats spéciaux, les censeurs. Nous reviendrons plus loin sur les attributions des censeurs et sur les procédés par lesquels s'excerçait cette inspection de la vie privée, ce « *regimen morum* »; remarquons seulement dès à présent que le principe même de la censure ne fut jamais contesté à

1. « *Et imperari cœpit ut patentibus januis pransitaretur et cœnitaretur; sic oculis civium testibus factis, luxuriæ modo fieret.* » *Saturn* II, 13.

2. Suétone. *Cæsar*. ch. 43.

Rome. A la fin de la République, au moment même où les lois somptuaires sont le plus ouvertement violées et le plus manifestement impuissantes, nous voyons les contemporains d'Antoine et de Lucullus admettre sans hésiter l'existence et les fonctions des censeurs.

Et ce n'est pas une vieille institution que l'on conserve par respect pour des traditions surannées, c'est un rouage nécessaire de l'Etat, un organe essentiel de la république idéale dont Cicéron a tracé ce tableau dans son « *De Republica* ». Qu'il y ait deux censeurs, dit-il, qu'ils contrôlent les mœurs « *mores populi regunto* (1) »

La légitimité des lois somptuaires ne paraît pas moins évidente ; c'est vers la même époque qu'un sénateur, Duronius, est dégradé pour avoir osé proposer l'abrogation de la loi Licinia, qui réglait le luxe et les dépenses de table (2). Un siècle plus tard, au commencement de l'empire, Pline l'ancien, traitant des marbres et parlant des dépenses énormes qu'on faisait de son temps pour les faire venir des pays les plus éloignés, s'écrie : « En faisant ces réflexions on est pris d'une grande honte, même pour l'antiquité. Il existe des lois censoriales défendant de servir sur les tables des glandes de porc, des loirs et autres délicatesses inutiles à mentionner ; et aucune n'a été rendue qui défendit d'importer les marbres et de traverser les mers pour ces objets. Mais, dira-t-on peut-être, c'est qu'alors on en importait point. Cela est faux. Du temps de l'édilité de Marcus Scaurus, on vit porter

1. *De Legibus III, 3.*
2. Valère Maxime, III, 9.

360 colonnes pour décorer un théâtre temporaire destiné à servir un mois tout au plus, et les lois se sont tues! C'était sans doute indulgence pour les plaisirs publics. Mais justement, pourquoi cette indulgence, par quel chemin les vices s'introduisent-ils plus que par le chemin public? (*Id ipsum cur? aut qua magis via irrepunt vitia quam publica?*)

A la vue d'un si mauvais exemple n'était-ce pas le cas de veiller à la conservation des mœurs? Cependant les lois se turent quand ces masses énormes, amenées dans une maison particulière, passèrent devant le faîte en argile des temples des dieux (1). »

Le droit de l'état à contrôler le luxe ne fut donc jamais mis en doute à Rome. Si, à certaines époques, les lois somptuaires tombent en désuétude, et si l'état semble se désintéresser du luxe privé, c'est qu'il doute non de son droit mais de sa puissance, et qu'il s'abstient d'édicter des lois qu'il désespère de pouvoir faire appliquer (2).

Cette conception particulière du droit de l'Etat sur la vie privée, commune à presque tous les peuples de l'antiquité, tient, à Rome au moins, à des causes assez diverses. Il faut d'abord remarquer que, bien que moins extérieure que la vie du citoyen d'Athènes, la vie du Romain est presque toute en dehors, dans les premiers temps au moins. Son champ à cultiver aux portes de Rome, la guerre presque chaque année, et, dans les rares loisirs

1. *Histoire natur.* XXXVI. 2. Traduction Littré Cpr. Valère Maxime II, 9, *De la sévérité de la censure.*

2. Cpr. la curieuse lettre de Tibère au Sénat, Tacite *Annales.* III, 53 et suiv. sur laquelle nous reviendrons au chapitre IV.

que lui laissent le service militaire et l'agriculture, les délibérations du forum, la brigue ou l'exercice des magistratures, le soutien des procès qu'elles entraînent après elles (1) tout cela doit laisser assez peu à la vie privée et au foyer domestique. D'où la prédominance, dans les lois comme dans les faits de la vie publique ; le Romain est avant tout citoyen, membre de la société politique, dont les intérêts et la puissance sont la chose capitale et devant laquelle tout doit céder.

Ajoutez à cela que la religion qui, quelques grossières que soient sa forme et ses croyances, a toujours avec la morale un lien étroit et sur les mœurs un empire puissant, est toute entière à Rome question d'état ; elle est nationale, c'est-à-dire qu'elle est absorbée dans la constitution politique dont elle forme une partie intégrante et essentielle. Les premiers législateurs et les premiers magistrats sont des prêtres ou des demi-dieux, comme Romulus et comme Numa. Et quand le pouvoir passe en des mains profanes, il garde son caractère religieux et moral.

Il est donc aisé de comprendre que les Romains, plus près d'ailleurs de l'origine des sociétés et de la communauté primitive des biens (2) en aient gardé la tradition plus fidèle. On sait que la première société fut la famille.

1. Plutarque rapporte que Caton l'Ancien fut après sa fameuse censure en butte à des procès innombrables « il fut accusé, dit-il, près de cinquante fois et à la dernière il avait 86 ans ». *Vie de Caton*, ch. 22.

2. On sait que les historiens anciens ont placé dans les premiers temps de Rome plusieurs partages succesifs des terres, d'abord par Romulus (Varron. *De lingua latina* V, 55), puis par Numa. (Cicéron *De Rep.* II 12. Plutarque. *Vie de Numa* 16)

Assez longtemps la sociéte romaine ne fut qu'une agglomération de familles. Tous ces souvenirs encore vivants rendaient plus difficile l'isolement de l'individu. Aussi l'être isolé, séparé de la famille et de la cité, est-il considéré comme dévoué à tous les maux. L'émancipation qui sera plus tard un bienfait est à l'origine une peine, et l'exil, qui brise entre le citoyen et l'état tous les liens, le plus terrible des châtiments. L'individu tire tout de la société : il lui doit tout, fortune, puissance, protection des dieux par sa participation au culte national ; il est naturel qu'il lui reconnaisse en retour plus de droits.

Remarquons enfin que le problème du luxe, si compliqué dans nos sociétés modernes à cause des effets du luxe sur la répartition, n'existait pas à Rome ; le travail servile suffisait amplement, au moins jusqu'aux premiers siècles de l'Empire, à satisfaire à la demande de travail du luxe. Quant aux objets d'origine étrangère, ils étaient payés presque uniquement en métaux précieux, le commerce national n'était donc pas intéressé au luxe (1. Aussi, le contrôle de la vie privée une fois reconnu aux magistrats, ils ne devaient pas hésiter à réprimer l'accroissement du luxe dont les effets moraux mauvais existaient seuls. C'est ce qu'ils firent, tant qu'ils ne furent pas ou corrompus ou impuissants. Le parti des lois somptuaires à Rome fut le parti de l'honnêteté.

Une dernière observation à faire avant d'entamer l'énumération des lois somptuaires romaines, c'est que

1. Pline estime à 50 millions de sesterces l'importation annuelle des aromates et des épices de l'Inde. *Hist. Nat.* VI, 26.

nous sommes loin de posséder l'ensemble des mesures par lesquelles on essaya de réprimer le luxe à Rome. Pour les lois somptuaires proprement dites, c'est le plus souvent par une phrase incidente des auteurs classiques jetée au milieu d'un développement ou d'un tableau, que nous connaissons l'existence et le sommaire des dispositions d'une loi somptuaire. Les historiens ne les mentionnent guère qu'en passant et pour caractériser plus complétement une époque ou un personnage.

Deux auteurs, il est vrai, semblent avoir tenté de faire une sorte de nomenclature des lois somptuaires; Macrobe intitule un des chapitres de ses Saturnales: « *De legibus latis contra luxuriam veterum romanorum* » (1); et, dans les nuits Attiques d'Aulu Gelle, il y a un chapitre qui porte ce titre « *De vetere parcimonia deque antiquis legibus somptuariis* » (2). Mais dans ces deux passages très courts, il n'y a qu'une énumération très rapide et incomplète, nous le verrons, des principales lois somptuaires de la République.

Et puis surtout il faudrait, pour avoir une idée complète des mesures opposées à l'accroissement des dépenses et du luxe par la vieille austérité Romaine, pouvoir tenir un compte exact pour chaque époque soit de l'influence très puissante à l'origine des mœurs et de l'opinion publique, soit de l'action des censeurs qui au moins jusqu'à l'époque de Sylla, conservèrent une autorité considérable, soit enfin pour l'époque impériale de l'empire de l'exemple du

1. II. 13.
2. II. 24.

prince. Sur l'action de cet exemple des empereurs nous avons le témoignage de Tacite ; il constate la diminution du luxe de la table sous le règnede Vespasien, et il ajoute: « le principal auteur de la réforme fut Vespasien, qui à sa table et dans ses vêtements donnait l'exemple de la simplicité antique. Le désir de plaire au prince et l'empressement à l'imiter furent plus efficaces que la crainte des lois et des châtiments » (1)

Les lois somptuaires que nous allons étudier ne forment donc pas tout l'ensemble du système de répression du luxe à Rome ; bien loin de là, elles n'en sont qu'une partie isolée et souvent la moins efficace. Ce qui en fait l'intérêt c'est qu'elles constituent les effets les plus saillants de cette action régulatrice des mœurs,de ce *regimen, morum*, que l'état romain n'abdiqua jamais.

3. « *Sed præcipuus adstriciti moris auctor Vespasianus fuit* » Tacite. *Annales* III, 55, traduction Burnouf.

CHAPITRE PREMIER

LA LOI DES XII TABLES

I — C'est surtout au début de l'histoire romaine que l'action puissante des mœurs et de l'état social rendent les lois somptuaires presque inutiles. Et, de fait, celles que nous allons rencontrer dans cette première période sont moins somptuaires que politiques; c'est la vie publique bien plus que la vie privée qu'elles règlent.

Et en effet, quel luxe véritable pouvait-on rencontrer dans cette petite agglomération de paysans ou de maraîchers qui constitue la cité romaine primitive. Un petit champ, presque un jardin, un ou deux esclaves, un toit de chaume voilà la fortune des consuls et des dictateurs des premiers temps de la république (1). La nourriture est grossière : une pâte de farine délayée qu'on mange toute crue (2), quelques fèves et aux jours de grande fête un peu de lard, tel est l'ordinaire des ancêtres d'Antoine et de Lucullus. Ecoutez Ovide :

Pinguia cur illis gustentur larda kalendis,
Mixtaque cum calido sit fabe farra, rogas ?

(1). « *Nullum aut admodum parvi ponderis argentum, paucos servos, septem jugera aridæ terræ* » dit Valère Maxime IV, 4. Cpr. Dureau de la Malle. *Economie Politique des Romains*, tom. I, p 240 et 271.

2. Pline, *Hist. Nat.* 18 19.

Prisca dea (1) est, aliturque cibis quibus ante solebat ;
Nec petit adscitias luxuriosa dapes.
Piscis adhuc illi populo sine fraude natabat,
Ostreaque in conchis tuta fuere suis.
Nec Latium norat quam præbet Ionia dives,
Nec, quæ Pygmœo sanguine gaudet, avem ;
Et præter pennas, nihil in pavone placebat.
Nec tellus captas miserat ante feras.
Sus erat in pretio : cœsa sue festa colebant,
Terra fabas tantum duraque farra dabat (2). »

Les métaux précieux étaient très rares. Pline nous rapporte que lorsque les Gaulois eurent pris Rome et qu'on voulut acheter la paix, on ne put ramasser que mille livres d'or « *Romæ ne fuit quidem aurum nisi admodum exiguum longo tempore. Certe quum a Gallis capta urbe pax emeretur non plus quam mille pondo potuisse effici* » (3). Au veme siècle de Rome possèder dix livres d'argenterie était chose si extraordinaire qu'il n'en fallut pas plus pour faire rayer des listes du Sénat Cornélius Rufinus, ancêtre de Sylla, général distingué, qui avait

1. La déesse Carna.

2. Ovide *Fastes* , VI, vers 169 et suivants ; ce passage est curieux parce qu'on n'y trouve ni les exagérations, ni le parti pris d'opposer aux excès du temps présent la simplicité des temps antiques, qui rendent si suspect ce que Senèque nous dit des premiers temps de Rome. Ovide cherche simplement à expliquer, historiquement un usage que l'on ne comprend plus de son temps. Voyez cependant Sénèque *Consol ad Helviam* ch. 12 Valère M. IV, 4.

3. *H. N.* XXXIII. 5.

été dictateur et deux fois consul. Florus qui rapporte le trait fait remarquer que c'était l'époque où Curius Dentatus préférait sa vaisselle de terre à tout l'or des Samnites (1). « Rome, dit M. Joachim Marquardt. pendant trois cents ans a fait le commerce sans monnaie ; puis pendant cent quatre-vingts ans, elle s'est servie d'une monnaie de cuivre brut si incommode, que pour les paiements importants, il fallait des chariots pour effectuer les transports. Alors fût mise en circulation la monnaie d'argent, mais à la vérité sous forme de petites pièces, tandis qu'en Grèce ce genre de monnaie comprenait des fractions quatre fois plus grandes des tétradrachmes. Enfin vers la fin de la république on vit apparaître la monnaie d'or qui se maintint pendant toute la durée de l'empire » (2).

1. « *Quum Curius fictilia sua Samnitico præferret auro, Fabricius decem pondo argenti cirea. Rufinum, consularem virum quasi luxuriam, censoria gravitate damnaret* » I 18 Cpr. Valère Maxime II 9 et Aulu-Gelle IV 8. Ce dernier auteur rapporte quelques traits de ce Rufinus et en trace le portrait suivant : il était, dit-il, « *manu quidem strenuus et bellator bonus, militarisque disciplinæ peritus, sed furax homo et avaritia acri erat* ».

2. *Manuel des Antiquités Romaines de* Th. Mommsen et J. Marquardt Tome X. *De l'organisation financière chez les Romains.* Traduction Albert Vigué, 1888, p 1.

Il faut remarquer cependant que Plutarque place les orfèvres χρυσόχοοι parmi les corps de métiers institués par Numa (*Vie de Numa* ch. XVII). Mais ni Denys d'Halicarnasse ni Tite-Live ne parlent des orfèvres même à propos de la classification de Servius Tullius. Cpr. sur ce point Pastoret : Recherches sur le commerce et le luxe des Romains, *Mémoire de l'Académie des Inscriptions* Nouvelle série, tom. III, p. 298

Aussi, à cette époque primitive, est-on bien loin des coupes d'or enrichies de pierrerie, qu'Antoine rapportera d'Egypte et dont il acclimatera l'usage (1); la vaisselle est de terre:

« *Lautus erat Tuscis Porsenna fictilibus* » dit Martial (2).

Avec une vie aussi simple, disons le mot, aussi pauvre, le luxe devait être à peu près inconnu dans les premiers siècles de Rome. La pauvreté n'eût-elle empêché les dépenses, que l'organisation sévère de la cité et de la famille romaine eût rendu toute loi somptuaire inutile. Chaque membre de la petite société romaine est connu et surveillé par ses concitoyens : Rome est une petite ville où nul n'échappe aux regards et au contrôle publics. S'agit-il d'un acte important de la vie juridique, le Romain ne peut le faire sans le concours et, à l'origine au moins, sans la permission de ses concitoyens. Le testament se fait devant les comices « *calatis comitiis* », qui en gardent le souvenir et qui l'approuvent par une loi « *lex curiata* » La mancipation exige le concours de cinq témoins pubères et citoyens romains ; l'*in jure cessio* est une décision de la puissance publique (3).

Enfin, ce qui est de la plus haute importance pour tout ce qui regarde le luxe, la femme romaine n'est pas

1. Pline IX, 59. XXXIII 1. « *turba gemmarum potamus et smaragdis teximus calices; ac temulentiæ causa tenere Indiam juvat : et aurum jam accessio est* ».

2. XII, Epigr 98.

3. Ces deux modes d'aliénation sont antérieurs aux XII Tables « *et mancipationem et in jure cessionem lex XII Tabularum confirmat* » dit Paul. *Fragm. Vaticana*, n° 50.

libre. Fille *in potestate* ou *in tutela*, femme *in manu*, elle ne peut disposer de sa fortune; son influence sur les dépenses de luxe, bien que réelle encore, nous allons le voir bientôt, est strictement limitée, par le vieil esprit romain. La tutelle perpétuelle des femmes est encore en pleine vigueur, la femme est, en droit au moins, dans une dépendance absolue (1).

II—Aussi n'allons nous rencontrer dans cette première période rien qui corresponde véritablement à ce que nous appelons luxe à notre époque. « Le luxe public précède à Rome le luxe privé» dit très justement M. Baudrillart (2). Le luxe des vieux Romains c'est l'ostentation de la puissance. Une troupe de nombreux clients qui précèdent le patron et annoncent la venue d'un grand, d'un puissant, l'anneau et la robe des patriciens, quelques plaquettes d'or grossièrement attachées à la bride du cheval de guerre, voilà, avec une salière et une petite coupe d'argent pour les sacrifices, le luxe des Romains de cette époque (3). Peu de temps après l'expulsion des Tarquins, Publicola est accusé de montrer trop de luxe. Sa maison trop magnifique offense le peuple et menace la liberté. « Il est vrai, dit Plutarque, qu'il habitait une maison beaucoup trop magnifique; située sur la croupe du Mont Vélia, elle dominait tellement la place publique qu'on voyait de là tout ce qui s'y passait; elle était d'ailleurs d'un accès très difficile. Lorsqu'il descendait avec son cortège, sa marche représentait à ceux qui le voyaient d'en bas, non

1. Cpr Gide. *Condition de la Femme*. livre I, ch. 1.
2. *Histoire du luxe*, tom. II, p. 8.
3. Cpr. Tite-Live XXVI. 36.

la simplicité d'un consul, mais le faste d'un roi (1) » Un château fort qui domine la cité, voilà le palais des contemporains de Brutus, comme ce sera celui des seigneurs du moyen âge.

Veut-on un autre exemple? Duilius, vainqueur des Carthaginois aux iles Lipari, veut montrer à tous l'éclat de sa puissance et de sa gloire; c'est par le cortège qui l'accompagne en public qu'il cherche à frapper l'imagination et à attirer les regards. Il imagine de se faire précéder d'un joueur de flûte dont la musique annoncera à tous les Romains que le vainqueur de la flotte carthaginoise va passer (2).

Ce même caractère public, nous allons le retrouver dans les lois somptuaires de cette époque. La principale et presque la seule loi c'est celle des XII Tables. Cependant il faut avant de l'étudier dire quelques mots de quelques mesures qui l'ont précédée.

« *Vino rogum ne respargito* », disait une loi de Numa, qui nous est rapportée par Pline l'ancien (3). Cette prohibition fut probablement inspirée par le désir de faire épargner une liqueur aussi rare que devait être le vin

1. *Vie de Publicola* ch. XII. Traduction Ricard.

2. Cicéron dit positivement que Duilius s'arrogea cette prérogative. « *crebro funali et tibicinæ quæ sibi, nullo exemplo, privatus sumpserat: tantum licentiæ dabat gloria* ». *De senectute*, ch, 13. *Florus* (II. 2) de même. Cependant quelques auteurs disent que ce fût par l'ordre du sénat.

3. *H. N.* XIV 12. « *Numæ regis postumia* (mot difficile à expliquer). *lex est: Vino rogum ne respargito. Quod sanxisse illum propter inopiam rei nemo dubitet* ».

à cette époque. Pline remarque que les anciens Romains en étaient très économes et que défense stricte était faite aux femmes d'en boire (1).

Notons aussi que Numa, régla la longueur du deuil, en le limitant selon l'âge de la personne que l'on pleurait. C'est Plutarque qui nous l'apprend (2).

Il existe enfin une troisième loi de Numa, que Pline nous a conservée et qui interdisait de « *pollucere* » des poissons sans écailles. Ces poissons étaient les plus rares et partant les plus chers. Pline prétend que Numa agit ainsi par économie « *parcimonia commentus* »; pour empêcher le prix de cette espèce de poissons de monter trop haut (3). Si cette raison est la vraie, il faudrait peut être alors traduire *pollucere* comme l'a fait M. Littré dans l'édition Nisard, par « offrir dans les banquets funèbres » (4). Mais si l'on préfère le sens plus probable d'offrir en sacrifice, sens qui est confirmé par un passage de Festus « *Pollucere merces quas cuivis deo liceat, sunt far et cœt... pisces quibus est squama præter scarum* (5) on est plus disposé à voir dans la défense de Numa une ancienne tra-

1. *Ibidem.*
2. *Vie de Numa*, ch. 15.
3. XXXII. 10.
4. M. Littré s'appui sur une glose de Placidus que voici : « *Polluctum, funereum aut sepultum ; polluctores enim funeratores dicuntur.*
5. Festus. *De verb, signifi. Voce pollucere.* Les mots « *quas cuivis deo* », sont suppléés par les éditeurs. Mais l'énumération de Festus rend le sens absolument certain. Cette traduction du mot *pollucere* est celle de M. Pastoret, *loco cit.*, III, p. 345.

dition religieuse, dont le sens s'était déjà perdu à l'époque de Pline.

Notons encore sur cette époque très primitive un Sénatus-consulte qui, en reconnaissance du service rendu par les dames Romaines dans l'affaire de Coriolan, leur permit d'ajouter une bandelette d'or à leur coiffure et de porter des vêtements de pourpre galonnés d'or (1). L'intérêt de cette décision assez curieuse du Sénat est de nous montrer le droit de contrôle sévère qu'il exerçait sur le costume des femmes, et jusque sur le nombre des bandelettes de leur coiffure. Il y avait probablement là des distinctions de classes qui nous échappent.

III — La loi des XII tables contient une série de dispositions très importantes sur le luxe funéraire. On sait par Cicéron, qui nous les rapporte presque toutes, qu'elles étaient réunies dans la dixième table (2). Nous allons les analyser d'abord ; nous essaierons ensuite d'en dégager l'esprit et d'en tirer quelques conséquences sur le développement du luxe à cette période de l'histoire romaine.

La première des dispositions qui touchent à notre sujet est ainsi rétablie par Jacques Godefroy (3) « *Sumptus et luctum a deorum manium jure removeto.*

Hoc plus ne facito.

Rogum ascia ne polito. »

La plupart des éditeurs modernes suppriment la pre-

1. Valère Maxime V. 2.

2. Cicéron, *De Legibus* II 25.

3. *Fragmenta Duodecim Tabularum*. Heidelberg, 1616. Cet ouvrage est la source commune où ont puisé tous les éditeurs modernes.

mière défense générale « *Sumptus etcœt.* — » La restitution de Godefroy n'est pas en effet certaine quant aux termes mêmes ; mais le sens n'en paraît guère douteux. Le passage de Cicéron qui nous a conservé ces dispositions, semble bien indiquer qu'avant de poser les règles particulières « *Hoc plus ne facito etcœt* — la loi procédait par une défense générale (1).

Quoiqu'il en soit la deuxième partie est absolument certaine. Cicéron nous la donne comme le texte même de la vieille loi, qu'au temps de sa jeunesse, dit-il, les enfants apprenaient par cœur, « *quas discebamus pueri XII quasi carmen necessarium.* »

La loi veut donc qu'on emploie le bois brut et qu'on ne le façonne pas avec la cognée « *ascea* » ou « *ascia* (2).

La deuxième disposition se trouve dans le même passage de Cicéron « *Extenuato igitur sumptu*, dit-il, *tribus riciniis*, *et vinclis purpuræ* (3), *et decim tibinibus.* »

Le sens de la première défense nous est donné par un passage de Festus (4) que rapporte Godefroy : « *Ricinia, omne vestimentum quadratum. Ii qui XII interpretati sunt dixerunt virilem togam, quia mulieres utebantur prætextam, clavo purpureo* ». Il s'agit donc de robes à ban-

1. *De Legibus*. II. 23. « *Jam cætera in XII minuendi sumptus lamentationesque funeris translata de Solonis fere legibus ; hoc plus, inquit, ne facito rogum ascia ne polito* ».

2. « *Ascea* » dit Bruns. *Fontes juris romanis antiqui* 5me édition (1885) *cur th. Mommsem.*

3. « *tunicula purpuræ*, dit Bruns : ce qui s'accorde moins bien avec le passage de Festus, cité plus bas.

4. *Festus voce Ricinia.*



des ou à liens de pourpre que l'on plaçait sur le bûcher et que l'on brûlait avec le mort ; le législateur en réduit le nombre à trois.

Il limite aussi le nombre des joueurs de flûte qui accompagneront le cortège : il ne doit pas dépasser dix. Nous avons vu par l'histoire de Duilius, que l'usage de se faire précéder de joueurs de flûte, dans certaines cérémonies était connu à l'époque des Guerres Puniques. Les joueurs de flûte étaient très anciens, car Denys d'Halicarnasse en parle dans la classification de Servius Tullius (1). Enfin un passage d'Ovide cité par Godefroy rappelle cet ancien usage ; et la limitation à dix du nombre de joueurs de flûte.

« *Temporibus veterum tibicinis usus avorum.*
Magnus, et in magno semper honore fuit.
Cantabat fanis, cantabat tibia ludis.
Cantabat mœstis tibia funeribus.
Adde quod ædiles pompam qui funeris irent.
Artifices solos jusserat esse decem (2). »

Il y a dans ce passage une certaine contradiction avec ce que nous dit Cicéron. Ovide rapporte à un édit des édiles cette limitation du nombre des joueurs de flûte. Peut-être y eut-il en effet un édit des édiles qui renouvela la prohibition des XII tables.

La disposition suivante réprime la manifestation trop vive et trop bruyante de la douleur des femmes « *tollit etiam lamentationem*, dit Cicéron ; *Mulieres genas ne ra-*

1. Denys. d'Halic. IV, 17 Cpr. Pastoret *Opere citato*, III, p. 105.
2. *Fastes* VI, vers 657 et suiv. Cpr. Aulu Gelle XX. 2.

dunto neve lessum funeris ergo habento (1). » C'est plutôt une mesure de police (2).

Nous arrivons à une prohibition qui nous rappelle la loi de Numa, dont nous avons parlé. Les décemvirs défendent d'arroser le bûcher et de laver le cadavre avec une « *potio murrhata* », c'est-à-dire avec du vin parfumé d'aromates « *Murrhata potione usus antiquus indicio est*, dit Festus, *quod XII tabulis cavetur ne mortuis indatur* » Pline (3) dit que les vins les plus estimés des anciens romains étaient ceux parfumés avec de la myrrhe et cite un passage de Plaute où le vin myrrhé, est nommé « *murrhina.* » Cicéron qui appelle l'usage de ces vins parfumés « *sumptuosa respersio* », rapporte deux prohibitions d'un genre analogue. « *Hæc propterea sunt in legibus de unctura : quibus* (4) *servilis unctura tollitur, omnisque circumpotatio* ». Il est défendu d'oindre, de parfumer le corps des esclaves ; ce qui a fait penser à M. de Pastoret (5) que la disposition que Festus nous a conservée sur le vin aromatisé ne s'appliquait également qu'aux esclaves. Un argument que l'on peut donner en faveur de cette manière de voir, c'est que la défense des « *circumpotationes* » distributions de boissons faites à ceux qui assistent aux funérailles, ne fut certainement pas en vigueur à Rome,

1. *De Legibus* II, 23.
2. Voyez sur cette disposition les « *probationes* » dont Godefroy appuie ses restitutions de la loi des XII tables.
3. XIV, 15.
4. *De Legibus*, II, 24.
5. *Op. citato.* III p. 312.

au moins pour les funérailles des hommes libres (1). Les trois dispositions ne concerneraient donc que les esclaves.

La loi règle ensuite les couronnes. Elle défend de porter aux obsèques des « *longæ coronæ* », (c'est-à-dire des guirlandes de fleurs, par opposition aux couronnes qu'on place sur sa tête), et de placer devant le cadavre des cassolettes de parfum. « *ne longæ coronæ, ne acerræ prætereantur* » dit Cicéron. (2).

Quant aux couronnes que l'on plaçait sur la tête, c'est Pline (3) qui nous a conservé le reste de la loi « *qui coronam parit ipse pecuniave ejus, virtutis ergo duitor ei* » (4). La loi n'autorise que celles que le défunt a méritées lui-même ou que ses chevaux ou ses esclaves lui ont gagnées (5). Pline ajoute que le fils avait le droit d'orner de ses propres couronnes les funérailles de son père et Scholl (6) conjecture que le droit était réciproque. Ces couronnes, de feuillage dans les temps primitifs, ont dû être assez vite ornées d'or ou d'argent. Pline (7) attribue à *Crassus* l'usage d'y ajouter des bandelettes d'or que *Claudius Pulcher* imagina ensuite de faire ciseler.

1. Tite Live nous raconte qu'aux funérailles de Scipion on fit une distribution de vin miellé à ceux qui avaient suivi le cortège, XXXVIII, 55.

2. *Loco citato.* Cpr. *Festus Voce « Acerra »*

3. *H. N.* XXI, 3.

4. M. Bruns, lit ici « *arduitur* » au lieu des deux mots « *ergo duitor* ».

5, Pline XXI 5.

6. Cité par Bruns.

7. Pline XXI, 5.

La loi des XII Tables défendait aussi, si l'on en croit Cicéron, de faire plusieurs funérailles à un défunt et de placer devant lui plusieurs de ces lits que les riches Romains faisaient porter dans les triomphes ou dans les obsèques. « *Credoque quod erat factitatum ut uni plura fierint funera, lectique* (1) *plures sternerentur : id quoque ne fieret lege sanctum est* »

La deuxième au moins de ces prohibitions ne fut pas longtemps en vigueur. On sait qu'aux funérailles on portait à Rome un grand nombre de lits richement ornés et de bois précieux. On en porta 600 aux obsèques de Marcellus et 6000, à celles de Sylla (2).

La dernière disposition de la loi des XII Tables vise plus directement le luxe. Elle défend de brûler ou d'enterrer le cadavre avec de l'or (3) ; elle ajoute seulement que s'il a une fausse dent attachée avec un lien d'or on pourra laisser ce lien. « *Neve aurum addito. ast cui auro dentes juncti escunt, ast im cum illo espelire urereve, se fraude esto* (4). »

1. *De Legibus* II. 24. M. Bruns propose de placer ces mots *credoque.... sanctum est* » d'une autre façon et de les intercaler dans une disposition dont nous n'avons pas parlé et qui défend de recueillir les ossements d'un cadavre pour lui faire plus tard des funérailles. La conséquence de ce changement serait d'appliquer aux dispositions que nous citons l'exception « *erepit bellicam peregrinamque mortem* » qui existe certainement pour la prohibition des funérailles tardives.

2. Baudrillart. *Histoire du luxe*, II p. 488.

3. « *Non autem oportet ornamenta cum corporibus condi* » dit encore Ulpien FF. 14-5. *De religiosis*, à propos des frais funéraires. Cpr Africain FF. 13-5. *De legatis*. I

4. Cicéron. *De legibus*. II. 24.

IV. — Il semble qu'en résumant ces diverses dispositions de la loi des XII Tables, on puisse se faire une idée assez précise de ce qu'était le luxe funéraire aux premiers temps de la république romaine ; on est en effet tenté de dire avec Cicéron. Tout cela existait puisque la loi le défend « *quœ neque tollerentur nisi fuissent* » (1). Mais on a fait une objection à laquelle le même traité de Cicéron, donne beaucoup d'autorité. Quelques lignes plus haut Cicéron vient en effet de nous dire que les dispositions ont été presque traduites des lois de Solon « *translata de Solonis fere legibus* » (2). Et un peu plus loin parlant de ces lois de Solon il ajoute que les décemvirs les ont mises dans la dixième de leurs tables presque avec les mêmes mots. « *Quam legem, eisdem prope verbis nostri decemviri in decimam tabulam conjecerunt : nam de tribus riciniis et pleraque illa Solonis sunt ; de lamentis vero expressa verbis sunt. Mulieres genas, ne......* (3) »

Et son témoignage est confirmé par le récit de plusieurs auteurs. Tite-Live raconte qu'on envoya à Athènes trois commissaires, dont il donne les noms (deux d'entre eux se retrouvent parmi les décemvirs), pour recueilir les fameuses lois de Solon et des autres cités de la Grèce, en observer les mœurs et les institutions « *jussique inclytas leges Solonis describere et aliarum Grœciœ civitatum ins-*

1. *De legibus*, II, 23. Au Pg. 24 il ajoute : « *Credoque quod erat factitatum ut uni plura..... idque ne fieret lege sanctum est.* »
2. *Loc. cit.*, 24.
3. *Loco cit.* 25.

tituta moresque noscere (1). » Cette histoire des commissaires envoyés à Athènes se retrouve dans Denys d'Halicarnasse (2) et dans un fragment de Pomponius conservé au Digeste (3). Un contemporain de Justinien, Lydus, dans son traité « *des magistratures Romaines* » (4), nous dit que Gaïus était sur ce point d'accord avec Pomponius: et il est d'autant plus naturel de le croire qu'on retrouve au Digeste deux fragments du commentaire des XII tables de Gaïus, où il relève cette conformité de la loi de Solon avec la loi des décemvirs ; ces passages ne visent d'ailleurs que des points d'une importance secondaire (5). Enfin, et comme pour préciser davantage. Pomponius nomme le philosophe Grec Hermodore d'Ephèse comme ayant accompagné en Italie les commissaires romains et ayant aidé les décemvirs dans leur œuvre de traduction. Et Pline l'ancien dit même qu'on éleva aux frais du public une statue à Hermodore (6).

Il semble donc bien qu'il faille admettre l'histoire de ces commissaires envoyés en Grèce, et même celle d'Hermodore ramené par eux pour confirmer leur témoignage, et éclaircir les difficultés des lois grecques qu'ils avaient recueillies. Mais en faut-il conclure que les dispositions des XII Tables n'avaient rien d'original et qu'elles n'é-

1. Tite-Live, 31. III. Sur le nom des décemvirs voyez Tite-Live III. 33
2. x 3. 50 à 58.
3. FF. 2.—4 *De origine juris.*
4. I 34.
5. Gaïus FF. 13. *De finium regundorum*
   « FF. 4. *De collegis.*
6. Pline *H. N.* XXXIV. 11.

taient, comme le dit Cicéron, qu'une traduction des lois de Solon ? N'est-ce pas aller un peu loin ? Tout le droit privé des XII Tables a une physionomie absolument romaine. C'est certainement un droit indigène. Pourquoi en serait-il différemment des réglements somptuaires des Décemvirs ? il faut d'ailleurs remarquer que les XII Tables parlent de bûcher ; elles supposent que le mort est brûlé. Or à Athènes on enterrait les morts et on ne les brûlait pas. « L'usage d'enterrer les morts précéda l'incinération que Lycurgue interdit à Sparte et qui étant plus couteuse resta toujours moins générale », nous dit M. V. Duruy (1). Il n'y a donc pas eu traduction simple par les décemvirs des lois de Solon. Que certaines dispositions leur aient été empruntées, le nombre des habits à enterrer ou à brûler avec le cadavre, la prohibition des lamentations et des excès dans la manifestation de la douleur des femmes par exemple, c'est ce qu'il paraît difficile de nier. Le témoignage de Cicéron, qui n'est d'ailleurs formel que sur ce point, est encore confirmé par Plutarque (2). Mais au fond les lois des Décemvirs restèrent nationales et indigènes ; elles furent faites pour régler les funérailles, telles qu'on les faisait à Rome de leur temps, et la vérité sur l'influence des lois de Solon, est dans ce que dit Tacite, que les Décemvirs prirent un peu de partout pour composer leurs lois « *accitis quœ usquam egregia* (3) ».

1. *Histoire des Grecs* tome I. p. 83. Cpr. Cicéron *De legibus*, II, 25. Plutarque *Vie de Lycurgue* ch. 39.

2, *Vie de Solon* ch. 29.

3. Tacite. *Annales*, III, 27.

On peut donc conclure avec Cicéron que s'ils ont prohibé certains usages, c'est que ces usages étaient pratiqués à Rome de leur temps. En un mot, de cette première loi somptuaire, on peut conclure à l'existence d'une première sorte de luxe chez les Romains de l'époque des XII Tables, le luxe funéraire (1).

On peut se figurer facilement ce qu'était, avant les prohibitions de la loi des XII Tables, la pompe funéraire des riches patriciens. Un immense cortège de clients, d'amis, d'étrangers, accourus par intérêt, par curiosité, ou même pour avoir part à ces distributions, à ces *circumpotationes*, qui vont suivre la cérémonie funèbre, s'avance lentement à travers la ville aux sons lugubres de la flûte. Devant le défunt on porte toutes ses richesses, ses lits de parade, ses vêtements de pourpre enrichis d'or qui vont tout à l'heure parer le bûcher. Puis vient la longue suite des images des ancêtres, descendus de leur temple domestique pour orner du prestige de leurs consulats ou de leurs triomphes les funérailles de leur descendant. Enfin le cadavre, pompeusement paré de ses vêtements les plus riches et des nombreuses couronnes que ses fils, ses clients, ses esclaves ont gagnées, l'anneau patricien au doigt, entouré de cassolettes de parfums, et tout oint d'aromates dont les senteurs exotiques triomphent de la corruption égale pour tous. Derrière le cadavre une foule de femmes, les habits en désordre, les joues en sang, poussent des hurlements lugubres. Tout

1. Cpr. Accarias, *Précis de Droit romain*, I, p. 64.

annonce le dernier acte de la vie d'un grand, d'un puissant (1).

Toute cette magnificence, toute cette pompe avait dû souvent blesser les yeux des obscurs plébéiens, jaloux de voir que la mort même ne parvenait pas à descendre à leur niveau leurs fiers concitoyens. Peut-être leur orgueil offensé prit-il sa revanche dans les prohibitions de cette vieille loi somptuaire. On s'expliquerait ainsi deux passages assez obscurs de Tite-Live et de Tacite qui vantent les XII Tables comme une loi d'égalité. Tacite l'appelle même la dernière des lois égales pour tous : « *finis æqui juris* (2) ». Comment, avec ce que nous savons de la dureté de la loi des décemvirs et de la rudesse effrayante de ce vieux droit tout patricien, comprendre cet éloge des deux historiens latins. La solution du problème ne serait-elle pas en partie au moins dans les dispositions somptuaires de la loi des XII Tables. En prohibant l'excès de l'ostentation et du luxe, les Décemvirs ne firent-ils pas œuvre égalitaire? Si l'on fait attention de plus qu'ils réduisirent le taux de l'intérêt en édictant la peine de la restitution au quadruple, la même que celle du *furtum manifestum* pour qui dépasserait ce chiffre, on estimera peut-être qu'il y a là assez pour expliquer sinon pour justifier ces deux passages de Tite-Live et de Tacite.

1. Cpr. Baudrillart, *Histoire du Luxe*, t. II, p. 488 et suiv.

2. Tacite, *Annales*, III, 27. Tite-Live met cette phrase dans la bouche des décemvirs : « *Si, quantum decet hominum ingeniis, provideri potuerit, omnibus, summis infimisque, jura æquasse* », III, 34.

CHAPITRE II

LES PREMIÈRES LOIS SOMPTUAIRES, CATON LE CENSEUR.

I — Le luxe, tel que nous l'entendons à présent, n'existait pas à Rome au temps des XII Tables; il ne commence à s'introduire qu'à l'époque de la guerre de Pyrrhus; c'est par leur première victoire sur les Grecs que les Romains connurent le luxe; les premiers objets de luxe qu'ils possédèrent furent les dépouilles des soldats du roi de l'Épire. Mais le vieil esprit romain, rude et économe, résista longtemps aux séductions des arts et des richesses de la Grèce; et pendant quelques temps d'ailleurs les périls continuels et les besoins pressants de la guerre ne permirent guère aux Romains de se laisser aller au luxe et à la mollesse. Les guerres puniques suivent les défaites de Pyrrhus. Tant que la ruine de Carthage n'a pas assuré la sécurité de Rome, tant que la deuxième guerre punique n'est pas terminée, le luxe est bien peu développé à Rome et les lois somptuaires y sont inconnues.

Nous rencontrons cependant dès cette époque quelques mesures réglant la vie privée et qu'il nous faut analyser rapidement pour montrer que ces lois sont au fond bien moins somptuaires que politiques : elles se rapportent à l'organisation de la cité bien plus qu'à la modéra-

tion des dépenses et du luxe: elles procèdent du même ordre d'idées que la loi des XII Tables.

La première est une loi votée au milieu des embarras de la guerre d'Étrurie, et qui n'est pas postérieure de plus d'une vingtaine d'années à la loi des XII tables; elle est environ de l'an 430 avant Jésus-Christ. Elle réprime moins le luxe que la brigue, car elle défend aux candidats de rien ajouter à leur robe blanche, « *ne cui album in vestimentum addere petitionis causa liceret* (1) ».

Tite-Live qui nous l'a conservée raconte qu'elle fut l'objet d'ardentes luttes entre les patriciens et les plébéiens. On peut conjecturer du récit de l'historien latin qu'elle défendait aux candidats patriciens de se présenter devant le peuple parés des insignes de leur classe. En effet les tribuns se plaignent que le peuple méprise les plébiens « *nec a plebe minus quam a Patribus contemni* », et ne les élève pas aux dignités dont l'accès vient de leur être ouvert. Et c'est pour satisfaire à ces plaintes que les plébéiens décident de faire proposer cette loi par leurs tribuns.

La loi Metilia qui suivit celle-là eût probablement aussi un but politique. Elle se rapporte encore au costume qui a aux époques primitives, une importance politique considérable. Pline, qui nous en fait connaître l'existence nous dit seulement qu'elle concernait la préparation des étoffes ; parlant de l'ombrique, sorte de craie qui était employée à donner du lustre aux tissus, il ajoute « *Neque enimpigebit hanc quoque partem attingere, cum lex Metilia*

1. Tite-Live, IV, 26.

textet fullonibus data, quam C Flaminius, L'Æmilius censores dedere ad populum ferendam, adeo omnia majoribus curæ fuere » (1). Cette loi que certains manuscrits appellent loi « *Metella* » a dû porter le nom, de « *Metilia* » car Metellus ne fût à Rome qu'un surnom; on pourrait peut-être en rapporter l'origine au tribun Metilius que Tite-Live et Plutarque nous représentent comme un adversaire du dictateur *Fabius Cunctator*, ce qui en fixerait la date vers 217 av. JC.

Elle ne serait alors antérieure que de deux ans à la loi Oppia « *de cultu mulierum* » dont le discours de Caton le censeur a rendu le nom célèbre. Par son objet la loi Oppia vise le luxe privé, et c'est comme mesure conservatrice des mœurs et de la simplicité antiques que Caton en combattit l'abrogation avec tant d'opiniatreté. Elle défend aux femmes de porter plus d'une demi-once d'or sur elles, de s'habiller de vêtements de plusieurs couleurs et de se faire conduire en char dans la ville ou à moins d'un mille de la ville; elle n'excepte de la dernière prohibition que le cas où il s'agirait d'un sacrifice public : « *Ne qua mulier plus semiunçam auri haberet : neu vestimento versicolori uteretur : neu juncto vehiculo urbe oppidove aut propius inde mille passus, nisi sacrorum publicorum causa veheretur* (3). »

On peut remarquer à propos de l'usage des chars qu'il paraît avoir été assez peu commun à Rome, dans les pre-

1. XXXV, 57.
2. Tite-Live XXII, 25, Plutarque. *Vie de Fabius*, ch. 12.
3. Tite-Live. XXXIV, 1.

miers temps au moins, et avoir emporté comme une certaine idée de prééminence sociale (1). Pline rapporte, il est vrai pour une époque assez antérieure (fin du VIme siècle avant J.-C.) que le pontife Metellus ayant perdu la vue dans l'incendie du temple de Vesta, en essayant d'arracher des flammes le palladium, le peuple en récompense lui accorda le droit de se faire conduire en char à la curie « *Magnum et sublime*, ajoute Pline, *sed pro oculis datum* (2). »

Si l'on recherche le motif qui a déterminé le tribun Oppius en l'an 215 av. J.-C, au milieu des périls de la deuxième guerre punique, l'année même qui suivit la bataille de Cannes, à présenter la loi qui porte son nom, on a peine à croire qu'il ne fut préoccupé que de réprimer le luxe si peu développé encore, et de maintenir les mœurs que rien ne menaçait d'ébranler. Il n'y a qu'une explication possible de la loi Oppia c'est qu'il y eut là un impôt de guerre levé sur les riches patriciennes (la loi est proposée par un tribun). On fixe un maximum de bijoux et de vêtements et on confisque tout ce qui dépasse ce taux : en outre on édicte une amende pour chaque infraction. Il n'y aurait là rien de bien différent de la contribution volontaire (?) que le consul Lœvinus avait demandé aux patriciens l'année précédente, pour subvenir aux frais de guerre. Lœvinus commence par réclamer tout ce

1. Il y aurait un curieux rapprochement à faire à ce point de vue avec l'Ordonnance somptuaire de Philippe le Bel, de 1294, dont l'article I débute « Nulle bourgeoise n'aura char »

2. VII, 45.

qu'on possède, d'or, d'argent, et de cuivre monnayé: puis il excepte les insignes de la dignité, les armes, les vases nécessaires au culte des dieux et pour chaque femme ou fille de sénateur une once d'or « *ita ut quibus uxor filiœve sunt singulas uncias pondo auri relinquant* (1). » C'est bien voisin de la loi Oppia, la seule différence est que les besoins de la République sont plus pressants de sorte que le maximum de ce qu'on laisse à chaque romaine a diminué de moitié et qu'on confisque non seulement les métaux précieux mais peut-être aussi les vêtements et les voitures.

C'est ce qu'a conjecturé Boxmann (2); et ce qui donne à cette opinion beaucoup de vraisemblance c'est le discours que prête Tite-Live au tribun L. Valérius quand il demande l'abrogation de la loi Oppia (3). L. Valerius attaque-t-il la loi de front; la déclare-t-il inutile ou mauvaise? Nullement: il soutient seulement qu'elle a été le fruit de circonstances particulières et qu'elle doit disparaître avec elles. Les lois qu'on a portées pendant la guerre, s'écrie-t-il, doivent disparaître avec la paix « *quœ in pace latœ sunt plerumque bellum abrogat; quœ in bello pax* ». Il rappelle les circonstances où est née cette loi, Annibal, le vainqueur de Cannes, aux portes de Rome, l'armée détruite, les alliés faisant défection: plus de soldats, plus de flotte; on armait les esclaves: chacun apportait à l'état ce qu'il avait d'or, d'argent ou de cuivre monnayé. Il est facile de conclure: dans ces circonstances

1. Tite-Live, XXVI, 36.
2. *De Legibus Romanorum sumptuariis. Lugduni Batavorum*, 1816.
3. Tite-Tive, XXXIV, 5, 6 et 7.

il ne pouvait s'agir de régler le costume des femmes et de péser leurs bijoux. La conclusion est d'autant plus évidente que Valerius a pris soin dès le début de rappeler tous les nombreux exemples de dévouement des dames romaines, toutes les circonstances où, d'après le livre des Origines de Caton lui-même, elles ont sacrifié parures et bijoux à la défense de la république. Il n'y a donc guère à hésiter, la loi Oppia fut faite uniquement pour remplir le trésor vidé par les dépenses de la guerre contre Annibal. C'est une loi de finances, ce n'est pas encore une loi somptuaire (1).

II. — Mais si à l'origine, la loi Oppia ne fut pas une mesure somptuaire, elle le devint rapidement à mesure que la sécurité revenant, la victoire et la richesse élevant Rome, le luxe naissait avec les fortunes.

C'est une époque toute particulière et qui fut décisive pour la société romaine que la première moitié du deuxième siècle avant l'ère chrétienne. C'est le moment où, débarrassés de la guerre italienne et des guerres puniques, les Romains ont commencé leurs grandes conquêtes. La Grèce et la Syrie, où ils vont diriger leurs premiers coups ont perdu depuis longtemps dans les disenssions intestines ou dans la tyrannie les derniers restes de leur ancienne puissance. Pour renverser le trône d'Alexandre, il suffira aux généraux romains de le toucher du doigt. Les guerres d'Orient ne seront que l'occasion de fortunes incroyables et de splendides triomphes.

1. Cr: Tacite, *Annales*, III, 33 « *Placuisse quondam Oppias leges, sic temporibus reipublicæ postulantibus* » « *parce que le malheur des temps les rendait nécessaires* » traduit, M. Burnouf.

En même temps que la ruine de Carthage par le premier Africain débarrasse à jamais Rome de l'ennemi, qui depuis vingt-ans est à ses portes, et reporte pour sept siècles hors d'Italie la guerre extérieure, les dépouilles de l'Orient affluent à Rome. Les guerres d'Asie et de Grèce enrichissent à la fois le trésor et les particuliers. Et en même temps comme pour hâter l'effet de cet enrichissement trop rapide, la civilisation grecque, avec ses raffinements et sa corruption déjà si profonde, se révèle aux yeux éblouis des rudes contemporains de Mummius. D'abord clients, puis poètes et flatteurs en titres, grammairiens, philosophes, précepteurs, les grecs se répandent partout et se mêlent à tout. La Grèce prend sa revanche et conquiert son vainqueur par l'éclat de son génie et la douceur de son langage (1).

La vieille austérité romaine s'en inquiète et devinant déjà les excès où périront la constitution républicaine puis bientôt la société romaine, elle essaye d'arrêter le luxe et de maintenir les mœurs. Un parti politique se forme qui, effrayé à la fois de l'abandon des vieilles mœurs et de la fortune toujours croissante de quelques familles,

1. Cpr. Salluste. *Jugurtha*, ch. 41. — *Catilina*, ch., 10. « *Qui labores, pericula, dubias atque asperas res facile toleraverant, iis otium, divitia, optandæ aliis, oneri miseriæque fuere. Igitur primo pecuniæ deinde imperii cupido crevit : ea quasi materies omnium malorum fuere.* » *Histoires*, I, *Fragm.* 9 et 10. « *At discordia et avaritia, atque ambitio et cætera secundis rebus oriri sueta mala, post Carthaginis excidium maxime aucta sunt... Ex quo tempore, majorum mores non paulatim ut antea sed torrentis modo præcipitati.* »

poursuit un double but : abaisser la puissance politique des grandes familles que la guerre a élevées à une sorte de dictature permanente et rétablir l'égalité par le retour à la simplicité des mœurs anciennes (1).

Ce parti qui prend son point d'appui chez les paysans, les cultivateurs des environs de Rome, se personnifie dans la curieuse figure de Caton l'ancien. Vivant représentant d'une époque encore voisine et déjà bien éloignée, M. Porcius Cato personifie bien en face de l'adoucissement et du relachement des mœurs le vieil esprit romain du temps des Curius Dentatus et des Fabius Cunctator. Il en a toute la rudesse et toute l'austérité, comme les vues bornées et le patriotisme étroit. Il entame contre le luxe et le relachement des mœurs une lutte impitoyable qui se termine comme l'on sait. Le parti politique que Caton représentait fut écrasé par l'aristocratie et le luxe qu'il s'efforça d'entraver grandit d'une façon demesurée.

Mais à l'époque de Caton la lutte est encore possible. Avec le luxe de la Grèce la corruption orientale est aux portes de Rome, et elle a déjà assez gagné pour qu'au moment de l'affaire des Bacchanales (186 av. J.-C. 2 ans avant la censure de Caton), on trouvât qu'en une seule année plus de cent soixante dix femmes avaient empoisonné leurs maris pour faire place à de nouveaux époux. Mais elle n'est pas encore générale. Dans l'aristocratie il y a encore des généraux intègres comme le rude et grossier Mummius, brutal mais honnête destructeur de Corinthe : Scipion l'Africain lui-même, l'ami des lettres grecques,

1. Cpr. Michelet. *Histoire romaine*, t. II, p. 100 et suivantes.

resta toujours pauvre et son train de vie simple et modeste (1). Il y a tout un parti qui soutient Caton, soit dans la campagne où l'agriculture entretient une génération rude et saine et d'où les *latifundia* de la fin de la république n'ont pas chassé les travailleurs libres (2), soit à Rome même. Caton a dans la ville ses partisans qui l'élevèrent à la censure et le soutinrent dans les multiples procès que lui valut son ardeur à poursuivre le luxe et la corruption. Au Sénat même les vieilles mœurs trouvaient encore des défenseurs ; Pline (3) rapporte qu'au temps de la deuxième guerre punique le banquier L. Fulvius fut emprisonné par ordre du Sénat jusqu'à la fin de la guerre pour s'être montré à la fenêtre la tête couronnée de roses. Et l'on sait que sur les conseils de Caton le sénat renvoya de Rome le philosophe académicien Carnéade et Diogène le stoïque coupables, d'intéresser la jeunesse romaine aux spéculations et à la philosophie de la Grèce (4).

C'est ce qui fait le trait caractéristique de cette époque et l'intérêt de la lutte qu'engagea Caton. Venu à une période de transition, au moment où la vieille Rome des guerres puniques va céder la place à la Rome voluptueuse des conquêtes lointaines et des proconsuls, il

1. Rollin *Histoire Romaine*, tome, II, p. 173. Scipion Æmilien fut encore de même. Voyez les curieux reproches qu'il adresse à Sulpicius sur son luxe. Aulu-Gelle, VII, 12.

2, Dureau de la Malle. *Economie politique des Romains.* tome I, p. 240.

3. H. N. XXX. 6.

4. Plutarque *Vie de Caton.* ch 34 et 35.

tient un moment en balance le sort de la république romaine. Son entreprise que nous jugeons impossible car trop de causes poussaient les Romains au luxe, parut à ses contemporains possible ; il eût des adversaires convaincus et des partisans dévoués.

III. — La lutte débute par la discussion sur la Loi Oppia, dont Tite-Live nous a gardé le récit détaillé. Rien de plus connu que cette histoire, les discours pour ou contre la loi Oppia et la passion que partisans ou adversaires du luxe apportèrent à la discussion. En elle-même la chose était de peu d'importance « *res parva dictu* » dit le grave historien romain. De quoi s'agissait-il en effet? de laisser les dames romaines porter des vêtements de plusieurs couleurs, se parer de quelques bijoux et aller en char dans les rues de la ville. Combien tout cela aurait dû paraître insignifiant au milieu des grandes affaires dont le peuple romain avait à s'occuper. L'abrogation de la loi Oppia eût lieu en 195 avant J.C. Il n'y avait pas sept ans que la bataille de Zama avait consommé la défaite de Carthage. Annibal vivait encore et essayait de la relever sous sa tyrannie sévère et bienfaisante ; c'était l'époque des guerres contre Philippe et Antiochus. Et cependant on mit à attaquer la loi comme à la défendre une ardeur tout à fait incroyable. La lutte fut vive ; on sait comment les dames romaines s'y mêlèrent directement se répandant dans la ville, sollicitant les citoyens, les magistrats, les sénateurs, et menaçant la ville, s'il faut en croire Caton, d'une nouvelle séces-

1. 2. Livre XXXIV, 1 à 8.

sion. Les tribus du peuple étaient partagés, deux d'entre eux demandaient l'abrogation de la loi, deux autres avaient déclaré qu'ils opposeraient leur veto à l'abrogation. Caton était consul, et de toute l'autorité de sa charge, de sa réputation et de son caractère, de toute la force de son éloquence il défendait la loi Oppia.

Le débat porta uniquement sur le luxe, et la loi ne fut plus considérée que comme somptuaire. Quelque fût le motif qui avait vingt ans auparavant déterminé les contemporains de Caïus Oppius à voter sa proposition, en 195, sous le consulat de Caton, la loi Oppia était devenue une entrave au luxe et aux dépenses des femmes (1). C'est pour cela qu'elles la voulaient faire abroger et que Caton la voulait maintenir. On connaît son tableau peu flatteur des passions de ce sexe indompté et indomptable « *impotenti naturæ et indomito animali,* » et l'on sait comment il relève vertement l'audace de ces femmes qui viennent encombrer le forum et s'occuper des lois qu'on y fait ou qu'on y défait. Il rappelle les antiques principes de la sujétion des femmes. « *majores nostri nullam, ne privatam quidem, rem agere feminas sine auctore voluerunt ; in manu esse parentum, fratrum, virorum* ». Il montre la tutelle perpétuelle des femmes déjà ébranlée, et il conjure de ne pas abandonner ces principes tutélaires des mœurs et de la cité.

1. Le luxe de la toilette des femmes est dejà assez développé à cette époque. Voyez les Comédies de Plaute « *Dum moliuntur, dum comuntur, annus est !* » dira bientôt *Térence Eautontim.* act. II, Sc I.

Enfin il peint l'avidité et le luxe, la passion des richesses et des jouissances s'introduisant dans Rome avec les dépouilles des vaincus. Il montre les admirateurs des bronzes de Corinthe ou d'Athènes tournant en dérision la grossière fayence de leurs ancêtres. Et dans un mot, dont on ne pourrait trop admirer la justesse prophétique si l'on savait au juste pour combien Caton a contribué au discours que lui prête l'historien romain, il montre les Romains, chargés des dépouilles du monde, vaincus eux-mêmes par les richesses et les vices de leurs sujets: « *eo plus horreo, ne illæ magis res nos ceperint quam nos illas.* »

On sait comment se termina la bataille ; le parti féminin l'emporta; les deux tribuns partisans de la loi Oppia se laissèrent gagner et retirèrent leur intercession. La loi Oppia fut abrogée en l'an 195 av. J.-C.; elle avait vécu vingt ans.

Caton ne se laissa pas décourager par cet échec; il reprit et continua la guerre au luxe qu'il poursuivit jusqu'à sa mort avec des alternatives de succès et de revers. Il combattit le luxe de bien des façons différentes; tantôt il l'attaqua directement par des lois somptuaires qu'il conseilla ou appuya, tantôt il essaya de restreindre les dépenses en resserrant dans des limites plus étroites la liberté des femmes ou des fils de familles; enfin il usa contre le luxe de toutes les sévérités de la censure.

Les lois somptuaires de l'époque de Caton forment un ensemble qui doit être traité à part. Elles se rattachent toutes au luxe de la table et sont le premier anneau d'une chaîne qui se continuera jusqu'au commencement de

l'empire. Pour ce motif nous les traiterons en dernier lieu bien qu'elles commencent peu de temps après la censure de Caton ; car la plus ancienne, la loi Orchia est de 180 ou 181 av. J.-C. et Caton fut censeur en l'an de Rome 570 = 184 av. J.-C. Nous allons parler d'abord des mesures par lesquelles Caton entreprit de restreindre la richesse et les dépenses des femmes. Entre les deux ordres d'idées nous parlerons de la censure de Caton.

IV. — Les mesures qui restreignent la capacité des femmes reposent sur les mêmes idées que Caton avait cherché à faire prévaloir en demandant le maintien de la loi Oppia ; ce fut sa revanche. Il s'agit de développer ou de maintenir le principe ancien de la dépendance de la femme. La tutelle des femmes est encore en pleine vigueur. Mais la *tutoris optio* qui servira aux femmes à s'affranchir de tout contrôle sérieux, en se choisissant pour chaque acte à autoriser un tuteur spécial, comparse complaisant et muet, s'est déjà introduite. Tive-Live nous rapporte en effet que le sénat conféra la *tutoris optio* à une femme qui avait découvert aux magistrats l'affaire des Bacchanales (1). En outre ne tombent sous la tutelle légitime des agnats que les femmes qui ont recueilli *ab intestat* la succession de leur *paterfamilias* (2). Qu'elles aient été instituées héritières, et elles échappent au seul contrôle sérieux celui de leurs héritiers présomptifs.

La loi Voconia combla cette lacune du vieux droit en défendant à tout citoyen dont la fortune constatée par le

1. Tite-Live, XXXIX, 19.
2. Accarias, I, p. 394.

cens était égale ou supérieure à 100.000 as d'instituer une femme. Cette loi présentée par le tribun du peuple Q. Voconius Saxa fut appuyée vigoureusement par Caton « *magna voce suasit* ». Elle est environ de l'an 168 av. J.-C. (1).

Tite-Live (2) qui nous a conservé ces détails lui attribue nettement les motifs que nous avons donnés. Il la présente comme une loi somptuaire. On craignait, dit-il, que par suite de cet accroissement des fortunes publiques et privées les femmes, naturellement portées au luxe et à la toilette, excitées par le spectacle de tant de richesses nouvelles, ne se laissassent aller à des dépenses immodérées et que les anciennes mœurs ne se perdissent. Il est vrai que Tite-Live semble indiquer qu'on veut conserver en même temps la fortune des familles riches (3). Y eut-il véritablement le désir de maintenir la puissance de l'aristocratie ? c'est d'autant douteux que la loi du tribun Voconius ne fut qu'un plébiscite. Aulu Gelle nous l'apprend (4).

Cette loi que Cicéron traite d'injuste dans son « *De Republica* » (5) devait excepter de sa disposition la fille du testateur mais en ne permettant qu'un legs modeste. Le même passage de Cicéron nous l'indique mais sans

1. Accarias, I, p. 22. M. Cagnat (*Etude historique sur les impôts indirects chez les Romains*), p. 175, donne la date de 169.

2. XLI. 28 épitome.

3. « *Inde fiebat ut illustrissimarum sæpe familiarum bona in alienas domos transfunderentur.* »

4. « *Plebiscito Voconio* », dit-il, XX, 1.

5. VII, 10.

qu'il soit possible de se rendre compte de la façon dont était calculée la quotité du legs.

L'épitome de Tite Live nous donne le sommaire du discours par lequel Caton appuya la proposition de Voconius (1); il y a là un trait de mœurs curieux et qui montre comment les rigueurs du vieux droit classique étaient éludées en fait par les femmes riches. Ont elles recueilli un héritage, dit Caton, elles en retiennent une partie par devers elle, qu'elles prêtent ensuite à leur mari dont elles deviennent les créancières. Puis quand elles croient avoir à se plaindre de lui « *quoties iratæ essent* », elles envoient un esclave particulier poursuivre leur mari, comme elles feraient d'un débiteur ordinaire. « *Hac indignatione commoti legem uti rogabat Voconius accipiendam censuerunt* », ajoute l'historien. Le trait avait porté juste, il devait y avoir dans les comices plus d'un mari débiteur de sa femme.

La loi Voconia dura assez longtemps. A l'époque de Cicéron, elle a encore force de loi et l'orateur se plaint de ne pouvoir instituer sa fille pour plus de 3 millions de sesterces, tandis que celle de Crassus, en la supposant fille unique, pourrait recevoir 100 millions (2), Gaïus nous la présente comme encore en vigueur de son temps (3), mais les fidéicommis en usage depuis Auguste permettent de la tourner. C'est ce qui explique qu'Aulu Gelle

3. XLI, 28.
1. *De Republica*, III, 10.
2. II, 274.

contemporain de Gaïus dise au contraire qu'elle est abrogée (3).

Remarquons que la loi Voconia provoqua une réforme des jurisconsultes qui fut encore plus préjudiciable aux femmes ; on conjecture généralement que c'est de cette disposition que l'on fit dériver l'exclusion des agnates autres que les filles et sœurs du défunt, exclusion que l'ancien droit n'avait pas connue (1).

On a conjecturé que la loi Voconia avait établi en même temps un impôt sur les successions. En ce sens on cite un passage du Panégyrique de Trajan par Pline le jeune qui indique la loi Voconia comme une de celles qui enrichissaient le trésor. « *Locupletabant et fiscum et ærarium non tam Voconiæ et Juliæ leges, quam majestatis singulare et unicum crimen corum qui crimine văcarent* (2) ». Seulement il faut admettre que cet impôt n'existait plus au temps de Cicéron, car dans une lettre à Atticus écrite en 59 av. J-C, il se plaint qu'après la distribution aux vétérans des terres de la Campanie et la suppression des douanes d'Italie, il ne reste plus de ressources à la République que dans les tributs des sujets » *Portoriis Italiæ sublatis, agro Campano diviso, quod vectigal superest domesticum, præter vicesimam* » (1) (Il s'agit du 1/20 sur les affranchissements).

1. «*Omnia tamen hæc obliterata et operta sunt* » XX. 1. Cpr Accarias, I, p. 824.

2. Cpr. *Sentences de Paul*, IV, 8-22.

3. Panég. 42.

4. *Ad Atticum* II 16.

D'autre part, Appien rapporte que les triumvirs ayant voulu établir un impôt sur les successions probablement par imitation de l'Egypte, ils en furent empêchés par le soulèvement du peuple (1). Enfin l'impôt du 1/20 sur les hérédités, *vicesima hœreditatum*, fut établi comme une mesure nouvelle, par Auguste en l'an 6 après J.-C. (2)

Aussi est-il très douteux que l'on puisse conclure de la seule phrase de Pline à un véritable impôt sur les successions, que la loi Voconia aurait établi (3). Ne pourrait-on pas conjecturer avec plus de vraisemblance qu'elle sanctionnait la défense d'instituer des femmes par une amende ou une confiscation de tout ou partie de la succession laissée à une femme malgré ses prescriptions? Elle aurait ainsi contribué à enrichir le trésor de la même façon que les lois caducaires et les accusations de lèse majesté auxquelles Pline la compare.

Il faut placer vers l'époque dcnt nous nous occupons la loi Plætoria, dont Plaute nous parle déjà. Le nom exact de cette loi, que les anciens commentateurs appelaient loi Lœtoria ou Lectoria, d'après les manuscrits (4), nous a été révélé par des tables de bronze contenant des fragments de plébliscites, trouvées en 1732 et 1735 près d'Héraclée, et qui paraissent remonter au VII[e] siècle de Rome Son but fut probablement de remédier aux inconvénients

1. Appien *de Bell. civ.* V. 67.

2. Dion LV, 24 et 25. Suétone Auguste. ch. 45.

3. Cpr : Cagnat. *Op. Citat*, p. 175 et suivantes et J. Marquardt *De l'organisation financière chez les Romains*, traduction Albert Vigué. p. 336.

4. Heineccius *Hist. Jur. roman.* I ch. 3. 99.

de l'ancien droit romain qui fixait la majorité civile à l'époque de la puberté. Elle reporta à l'âge de 25 ans (1). la capacité complète de contracter des obligations, en déclarant nuls ou tout au moins annulables les engagements des adolescents pubères qui n'avaient pas atteint cet âge.

La loi des 25 ans m'a ruiné, fait dire Plaute à un jeune dissipateur, personne n'ose plus me prêter. La loi est la même pour moi, répond son interlocuteur, marchand d'esclaves et usurier, je n'ose plus prêter.

Callidorus. — « Perii ! an non tum lex me perdit quina vicenaria ?
Metuunt credere omneis.
Ballio. — Eadem est mihi lex, metuo credere (2).

Ce passage nous montre que la loi Plætoria défendait de prêter aux mineurs de 25 ans ; on a même soutenu que c'était là sa seule disposition et que, comme le sénatus-consulte Macédonien que nous retrouverons plus tard, elle ne visait que les emprunts des mineurs, les obligations nées du *mutuum* (3).

La sanction de la loi Plætoria était tout d'abord une accusation ouverte à tous contre le créancier qui avait abusé de la faiblesse du mineur. Cicéron l'appelle « *judi-*

1. Ce fut dès lors *l'œtas legitima* ou « *perfecta* » Code Theodosien C 2. *De donationibus.* VIII 12, Ulpien FF 1. 21. *De min.* IV 4.

2. Pseudolus. Acte I, scène 3, vers 315.

3. On s'appuie encore pour soutenir cette opinion sur un passage de Suétone cité par Priscien. qui dit que la loi Plætoria défendait aux mineurs de 25 ans de stipuler. Cpr. en sens contraire Jacques Godefroy. *Commentaire de la loi 2 de Donationibus,* au Code Théodosien.

cium publicum rei privatæ » (1). Cette action entraînait sans doute pour le créancier condamné la peine de l'infamie qui résultait du *judicium publicum* (2). Cette conjecture est confirmée par les tables d'Héraclée qui dans la liste des personnes indignes de figurer dans l'Ordo ou Curie municipale mentionnent ceux qui ont été condamnés en vertu de la loi Plætoria « *quive lege Plætoria ob eam ve rem, quod adversus eam rem fecit, fecerit, condemnatus erit* ». Or M. de Savigny a fait remarquer que tous les incapables énumérés par les tables d'Héraclée ont été frappés de peines entraînant l'infamie (3).

Il est certain aussi que la loi Plætoria donnait au mineur circonvenu «*circumscriptus* » une exception pour repousser l'action du créancier qui réclamait l'exécution de l'obligation. Paul en effet énumérant les exceptions « *rei cohærentes* », c'est-à-dire que les fidéjusseurs peuvent opposer du chef du débiteur principal ajoute « *Idem dicitur et si pro minore viginti quinque annis circumscripto quis fidejusserit* (4). »

Faut-il aller plus loin et donner au mineur une action pour réclamer avant toute poursuite du créancier l'annulation de son engagement? On l'a soutenu, en s'appuyant sur un texte assez vague de Plaute. Allons devant le juge, dit un débiteur, nous allons voir si je ne prouve pas que

1. « *Inde judicium publicum rei privatæ lege Lætoria.* » Cicéron *De natura Deor.* III, 3. Cpr. *De Officiis,* III, 15.

2. Macer, FF 7 *De publ. jud.* XLVIII. 1,

3. Cpr. FF 1. *De his qui not* III 2.

4. Paul. FF 1. *De exceptionibus,* XLIV, 1. Cpr. Paul FF 19. *De novationibus,* XLVI. 2.

je suis mineur de 25 ans.

« *Cedo quicum habeam judicem,*
Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiam dum siem
Quinque et viginti gnatus annos (1). »

D'autres commentateurs ont même dit, que l'on accordait l'*in integrum restitutio*, mais on a répondu très justement que l'acte étant nul en droit, il n'était point besoin de recourir à ce moyen extraordinaire de l'*in integrum restitutio*.

Ajoutons que pour permettre aux mineurs de retrouver un peu de crédit, la loi Plætoria les autorisa à se faire nommer, quand ils avaient des actes importants à passer un curateur spécial dont le concours et l'assistance mettait le créancier à l'abri des poursuites du *judicium publicum*, et de l'exception de la loi. L'historien Julius Capitolinus nous raconte en effet que Marc Aurèle décida que tous les adolescents pourraient recevoir des curateurs, sans avoir à justifier des causes de leur demande ; et il ajoute qu'auparavant on n'en donnait qu'en cas de prodigalité, de démence ou en vertu de la loi Plætoria. « *De curatoribus vero, quum ante nonnisi ex lege Lectoria, vel propter lasciviam, vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis* (2). »

Enfin dans cet ordre d'idées il faut nommer encore la loi Cincia sur les donations, antérieure du reste aux précédentes puisqu'elle fût portée vers l'an 205 ou 204 av. J.-C., et dont l'effet fut certainement de rendre les donations plus difficiles et plus rares. Caton dans le discours

1. Rudens. Act. V, Scène 3, vers 136.
2. Capitolinus. Marc-Anton. Philos. chap. X.

que lui prête Tite Live contre l'abrogation de la loi Oppia l'attribue au désir de faire cesser les cadeaux que les sénateurs exigeaient de la plèbe (1). Si l'on rapproche cette indication de ce que l'on sait que la loi Cincia défendait aux avocats de recevoir des honoraires, on doit y voir un effort pour limiter l'enrichissement toujours croissant de l'aristocratie et modérer par là ses dépenses.

V — Nous serons brefs sur la censure de Caton dont l'histoire se trouve racontée partout. On se figure aisément du reste quelle arme fut au mains de Caton et à pareille époque le redoutable pouvoir de la censure. Excité par le spectacle du luxe qui commençait et de la corruption des mœurs qui grandissait déjà, soutenu par un parti encore puissant, le défenseur de la loi Oppia, le rude adversaire des femmes dut être impitoyable.

Les Censeurs, bornés à l'origine au rôle assez modeste en apparence d'opérer le recensement des citoyens et de les répartir suivant leur fortune dans les cinq classes, avaient vu grandir rapidement leur mission et leurs pouvoirs. Non seulement ils vérifiaient souverainement l'exactitude de la déclaration des citoyens, mais ils exerçaient par le « *regimen morum* » un contrôle absolument sans limite sur la vie privée. Ils pouvaient en effet écarter un citoyen de la classe où sa fortune l'aurait dû placer ou même le reléguer parmi les indigents, *apud ærarios*, et par là amoindrir ses droits politiques. Cela s'appelait

1. Tite Live XXXIV, 4. « *Quid legem Cinciam de donis et muneribus (excitavit) nisi quia vectigalis jam et stipendiaria plebes esse senatui cœperat ?* »

« *Tribu movere* » ou « *tribubus omnibus movere, ærarium facere* ». Ils le faisaient en le frappant d'une « *nota* » ou *animadversio censoria,* » qui emportait selon les degrés l'ignominie « *ignominia* » ou la diminution d'honorabilité *minutio existimationis.* » Si celui qu'ils frappaient ainsi était sénateur ou chevalier, l'effet de la note censoriale était plus grave encore ; le citoyen était rayé des listes du sénat, ou de l'ordre équestre. (1)

Ajoutons qu'à l'époque de Caton les censeurs ont, en outre, le choix des sénateurs, la *lectio senatus,* qu'une loi Ovinia leur a conféré au v[e] siècle de Rome, l'enlevant au Sénat lui-même ; ils doivent choisir les nouveaux sénateurs parmi les anciens magistrats ou les magistrats en exercice. Cette condition, lorsque l'étendue du territoire romain aura multiplié le nombre des magistrats, rendra illusoire le droit des censeurs. Au temps de Caton elle leur laisse encore toute leur liberté.

Ce pouvoir si considérable, les censeurs l'exercent souverainement. Ni recours au peuple, « *provocatio ad populum* », ni intervention des autres magistrats « *intercessio* », ne peuvent suspendre les effets de la décision censoriale. Aucune responsabilité une fois sortis de charge ; aucune autre condition de forme que celle que l'usage imposa de bonne heure de motiver la note. Plus tard, une loi proposée par Claudius soumettra la décision des censeurs aux conditions des accusations publiques et

1. Cpr : Cicéron *De legibus* III 3. Plutarque *Vie de Caton* ch. 23. Mispoulet. *Les Institutions politiques des Romains*. Tom. II, p 97 et suiv. Willems. *Le droit public romain* p. 282 et suiv.

exigera un débat contradictoire ; cette disposition durera peu d'ailleurs ; édictée en 58, elle sera abrogée en 52 av. J.-C. Au temps de Caton leur pouvoir est illimité (1). La seule condition nécessaire est l'accord des deux censeurs, le seul contrôle l'opinion publique, le seul tempérament à leur pouvoir l'effet temporaire de leur décision ; la note ne vaut que pour un lustre ; au cens suivant elle peut être ou effacée ou maintenue par les nouveaux censeurs. Remarquons d'ailleurs que le pouvoir censorial ne s'exerce que sur les hommes, sur les citoyens soumis au cens (2).

Notons enfin qu'à ces pouvoirs s'ajoutent des fonctions financières assez considérables, administration du domaine, direction des travaux publics, marchés avec les fermiers des impôts. Pour cette catégorie d'actes d'administration ou de finances, il y a *provocatio ad populum et intercessio* possibles (3).

On voit par cette simple énumération le rôle considérable, et les effets puissants de ce « *regimen morum* » des censeurs. Les motifs de la note censoriale appartiennent essentiellement à l'ordre privé. C'est une appréciation souveraine de la moralité et de l'honorabilité que feront les censeurs ; et par là ils exerceront sur les mœurs une action puissante ; ils auront en mains l'honneur, la considération, la position sociale, la fortune même des citoyens, par le *tributum ex censu* auquel leur estimation des fortunes sert de base (1).

1. Bouché, Leclerq, *Manuel des institutions romaines*, p. 67.
2. Willems, *Loco citato*.
3. Tite-Live, XLIII, 6.

Ils agissent sur les mœurs par les édits « *edicta* » qu'ils publient et où ils indiquent les bases futures de leurs décisions, de leurs notes. Ces édits, (2) que nous retrouverons fréquemment dans la suite, règlent la vie privée des citoyens, leur costume, leurs habitations, leurs repas, leurs dépenses. La sanction de la prohibition est la note des censeurs.

On devine l'usage que dût faire Caton d'un tel pouvoir. Il poursuivit impitoyablement tous les partisans des idées et des mœurs nouvelles, tous ceux qu'il savait favorables à la mollesse et au luxe des grecs ou des orientaux ; il punit sévèrement ceux que la corruption avait déjà gagnés. Il enleva son cheval à L. Scipion, frère de l'Africain et vainqueur d'Antiochus ; il chassa du sénat L. Flaminius frère du vainqueur de Philippe ; il poussa la sévérité jusqu'à dégrader un sénateur pour avoir donné un baiser à sa femme en présence de sa fille : « Hélas ! s'écrie Michelet, que signifiait ce respect exagéré de la pudeur dans une cité toute pleine des complices des bacchanales (3) ? »

Il n'usa pas moins rigoureusement de ses pouvoirs d'administration financière. Il fit enlever tous les conduits

1. « *Quæ deinde (censura) tanto incremento aucta est, ut morum disciplinæque romanæ penes eam regimen, senatus equitumque centuriis decoris, dedecorisque jus privatorumque locum, vectigalia populi romani sub nutu atque arbitrio essent* », dit Tite-Live, IV, 8.

2. Ce sont ces édits que Pline « *censoriæ leges,* » XXXVI, 2.

3. *Histoire Romaine,* II, p. 108.

que les particuliers avaient établis pour dériver l'eau des aqueducs publics, et ordonna de démolir dans les trente jours tout ce qui avait été construit sur la voie publique. Il exigea des fermiers d'impôts des prix très élevés ; on sait que la ferme des impôts fut à Rome le privilège d'une classe de l'aristocratie, les chevaliers (1).

Enfin, ce qui nous intéresse tout spécialement, il établit un impôt sur les objets de luxe. Il fixa à une certaine somme 15.000 as le maximum des objets de luxe, vêtements de femmes, bijoux, chars *etcœt* que l'on pouvait posséder. Jusqu'à ce chiffre rien n'était changé à l'ancien état de choses ; les objets de luxe étaient compris dans la déclaration pour le cens, qui devait porter sur toute la fortune mobilière ou immobilière et assujettis au taux ordinaire de l'impôt.

Mais pour les objets de luxe qui dépassaient le maximum de 15.000 as, et pour les jeunes esclaves dont le prix était supérieur à 10.000 as, Caton portait tout cela, sur les registres du cens au décuple de la valeur réelle, et il les soumettait ainsi estimés à un impôt de 3 as pour mille.

En tenant compte de l'estimation au décuple cela revenait à un impôt de 3 0/0 de la valeur réelle, ce qui est peu de chose pour un impôt somptuaire. Cependant, si l'on en croit Plutarque, cette mesure souleva une indignation générale des riches contre un censeur si sévère et valut à Caton bien des haines et des inimitiés. Il faut pour comprendre l'effet de cette mesure se rappeler que le taux ordinaire que le Sénat fixait annuellement pour le *tributum ex censu* était très faible, il variait de 1 à 2 ou 3 pour

1. Tite Live, XXXIX, 44.

mille. C'était un impôt 20 fois plus fort dont Caton frappait les objets de luxe (1).

VI. — Il nous reste à parler des lois rendues à cette époque et sous l'inspiration de Caton ou de son parti, pour modérer le luxe de la table. Ces lois sont les premières d'une série de dispositions très nombreuses, dont nous ne connaissons probablement que les principales (2).

La première fut la loi Orchia proposée par le tribun C. Orchius trois ans après la censure de Caton, nous dit Macrobe, ce qui nous reporterait à l'année 181 ou 180 av. J.-C. Tout ce que nous en savons c'est qu'elle limitait le nombre des convives qu'il était permis d'inviter « *Cujus verba quia prolixa sunt prætereo; summa autem ejus præscribebat numerum convivarum* » dit Macrobe (3). Bien faible moyen contre les excès de la table; il est vrai qu'à cette époque le luxe de table devait être encore assez modéré : il commençait à peine. On se mit à préparer les repas avec plus de soin et de dépense, dit Tite Live parlant de cette époque, et les cuisiniers placés jusque là au dernier rang des esclaves commençèrent à être estimés et appréciés. Mais tout ce qu'on voyait alors ajoute-t-il n'était que le germe d'où sortit ensuite le luxe romain « *Vix tamen illa, que tunc conspiciebantur, semina futuræ luxuriæ* (4) ». Le plus grand luxe des fes-

1. Tite-Live XXXIX, 44. Plutarque. *Vie de Caton* ch. 26. Cpr. Marquardt *op. citat.* p. 211 et suiv. 215.

2. « *Tot numero leges de cœnis et sumptibus ad populum ferebantur* » Macrobe, Saturn. II, 13.

3. Saturn. II. 13

4. Tite-Live XXXIX. 6.

tins de cette époque est l'usage, qui commence à s'importer d'Asie, des joueuses de harpe ou de cithare et des danseuses. C'est d'ailleurs une remarque générale à faire que le luxe de la table fut surtout à Rome un luxe d'accessoires ; le fond du repas restait souvent assez simple ; le faste y eût toujours plus de place que la gourmandise.

La loi Orchia semble, d'après ce que dit Macrobe, avoir été inspirée par Caton ; en tous cas il s'efforça d'en procurer l'application et dans ses discours il tonnait « *vociferabatur* », contre ceux qui en transgressaient les dispositions (1).

Il paraît d'ailleurs qu'elle fût mal observée et qu'on sentit vite le besoin de la renouveler. Ce fut le but de la loi Fannia rendue d'après Macrobe en l'an 592 de Rome, 162 av. J.-C., (2). Mais il faut remarquer que Macrobe s'autorise sur ce point d'Aulu Gelle qui, dans le passage que nous possédons sur la loi Fannia, ne parle point de sa date. De plus Macrobe prétend qu'il s'écoula vingt-deux ans entre la loi Fannia, et la loi Orchia. Or de 162 à 181, date qu'il donne pour la loi Orchia en la prétendant de trois ans postérieure à la censure de Caton, il n'y aurait que dix-neuf ans ; il reste donc un doute sur la date exacte de la loi Fannia (3).

L'origine de cette loi est, suivant Aulu-Gelle (4), assez

1. Saturn., II, 13,
2. Saturn., II, 13.
3. Cpr. Plin, H N., X, 71.
4. Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, II 24

curieuse. A l'occasion des jeux Mégalésiens les riches citoyens de Rome étaient dans l'habitude de se donner mutuellement des festins. Les consuls C. Fannius et M. Valerius Messala imaginèrent d'exiger d'eux le serment de ne pas dépenser pour chaque repas plus de 120 as, sans y comprendre les légumes, la farine et le vin, de ne servir aucun vin étranger, et de ne pas mettre sur la table plus de cent livres d'argenterie. Ce fut l'objet d'un Sénatus-consulte. Le procédé, ayant paru bon, fut étendu à tous par la loi Fannia rendue sous le consulat du même Fannius. Cette loi réglait la somme à laquelle pouvait monter chaque jour la dépense de table. Le chiffre ordinaire était de 2 as : il était élevé à 30 as pour dix jours marqués par la loi dans chaque mois. Enfin à certains jours de fête que la loi désignait, et dont Aulu-Gelle nous énumère quelques-uns on pouvait dépenser jusqu'à cent as. L'auteur des *Nuits Attiques* cite à cette occasion les mots du vieux poète Lucilius « *Fanni centussis misellos* » les misérables cent as de Fannius » (1).

Nous savons enfin par Pline qu'elle défendait de servir d'autre volaille qu'une seule poule et à condition qu'elle ne fût pas engraissée ; disposition, dit Pline, qui s'est ensuite promenée dans toutes les lois « *quod deinde caput per omnes leges ambulavit* ». Il ajoute que l'on tournait la loi en nourrissant de pain et de lait de jeunes poulets, ce qui en rendait la chair forte délicate (2).

1. II 24.
2. H. N. X. 71.

La loi Fannia limitait aussi le nombre des convives semblable en cela à la loi Orchia ; on ne pouvait avoir plus de trois étrangers les jours ordinaires et cinq les jours de marché. Athénée, qui rapporte cette disposition, prétend qu'il n'y eût que trois romains qui se soumirent à la loi Fannia ; Mucius Scevola (le troisième), Cœcilius Tubero et l'historien Rutilius Rufus. (1)

Dix ans après la loi Fannia, dit encore Macrobe (2), fut portée la loi Didia qui, bien que postérieure à Caton (il mourut selon Plutarque, dès le début de la troisième guerre punique) (3), se rapporte cependant à l'époque que nous étudions, car elle ne fit, si l'on en croit l'auteur des Saturnales, que compléter la loi Fannia et en assurer l'exécution. Macrobe l'attribue en effet à deux causes : les italiens prétendaient, paraît-il, que la loi Fannia n'était obligatoire que pour Rome ; on voulut les soumettre aux lois somptuaires ; on voulut aussi assujettir aux peines qu'elle édictait sans doute, non seulement l'amphytrion qui donnait un festin trop somptueux, mais les convives qui avaient partagé le repas et la faute (4). Elle ne fit donc qu'étendre la loi Fannia et c'est peut être pourquoi Aulu Gelle n'en parle pas dans son énumération des lois somptuaires.

Pour compléter l'étude de cette époque de transition et de lutte, il faut noter encore un édit des censeurs P. Lici-

1. Athénée Deipnos. VI 13.
2. Saturn, II, 13.
3. Plutarque, *Vie de Caton*, ch., 42.
4. Macrobe, II, 13.

nius Crassus et L. Julius Cœsar qui, en l'an 565 de Rome, 189 av. J.-C., défendirent de vendre des parfums étrangers « *qui Antiocho, Asiaque devictis, Urbis anno DLXV edixerunt ne quis venderet unguenta exotica : sic enim appellavere,* » dit Pline (1). C'était la première loi sur les parfums depuis les XII Tables. L'usage en devait être assez répandu déjà. « *Non omnes possunt olere unguenta exotica,* » dit un personnage de Pline (2). Interdire les parfums exotiques c'était en fait les interdire presque tous, car l'Italie n'en produisait guère : aussi cette prohibition paraît-elle avoir été assez mal observée.

Enfin quelques années plus tard, en 155 av. J.-C., un sénatus-consulte rendu sous l'inspiration de Scipion Nasica « *auctore P. Scipione Nasica* », dit Valère Maxime, ordonna de disperser et vendre à l'encan les matériaux du premier théâtre que l'on eût essayé de construire à Rome ; l'indignation avait été d'autant plus grande que c'étaient les censeurs qui avaient pris l'initiative de cette nouveauté dangereuse. Le même sénatus-consulte défendit à tout citoyen de placer des bancs et de s'asseoir soit dans l'enceinte des jeux, soit dans la ville ou à moins d'un mille de la ville ; afin sans doute, dit Valère Maxime, que la mâle habitude de se tenir debout distinguât les romains, même dans leur repos « *ut scilicet remissioni*

1. H. N. XIV 16.

2. Mostella acte I, scène. I, Cpr. Pastoret *Op. citat.* III, p. 350, et les reproches de Scipion Æmilien à Sulpicius Gallus dans Aulu Gelle VII, 12. « *Nam qui quotidie unguentatus,* etc. »

animorum juxta standi virilitas propria romanæ gentis nota esset » (1).

1. Valère Maxime II, 4. Cpr. Saint Augustin, *Cité de Dieu*, I, 28.

CHAPITRE III

LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE

I. — Entre la loi Didia, la dernière des lois somptuaires dues à l'inspiration de Caton, et la plus ancienne de celles qui suivent, il s'écoule une trentaine d'années.

Pendant cet espace de temps le parti des adversaires du luxe ne cessa pas le combat; il lutta seulement par des armes différentes. C'est la période des Gracches. Et si leurs tentatives n'avaient été trop tardives, si la classe des prolétaires, sur laquelle ils cherchèrent un point d'appui, n'eût été déjà trop abaissée pour les comprendre et trop faible pour les soutenir, nul doute que l'application des lois agraires, en réprimant les usurpations de l'aristocratie et en reconstituant la classe moyenne des cultivateurs italiens, n'eût opposé au développement du luxe, une barrière plus solide que toutes les mesures somptuaires qu'imaginèrent jamais Caton ou ses partisans. On sait comment leur entreprise échoua misérablement et par deux fois, et comment ils payèrent de leur vie cet essai trop tardif de réaction et de réforme.

Le luxe et la richesse continuèrent à grandir, et les

lois à régler minutieusement quelques points de détail. C'est même un spectacle assez curieux que ce débordement d'opulence et de faste au milieu duquel les lois interviennent pour interdire certaines délicatesses de table ou régler quelque infime fraction de ce luxe qui va croissant sans mesure. Il semble, à observer de près les choses, que les vieux républicains continuent par coutume, par respect pour les mœurs anciennes et les usages reçus la lutte dont Caton a donné le signal. C'est une tradition qui se perpétue, mais sans que personne ne croie plus à l'efficacité des lois ni des édits somptuaires ; ce qui semble l'indiquer c'est une phrase de Macrobe, dans son énumération des lois somptuaires; parlant de la loi proposée par Lépide, l'année de la mort de Sylla il dit : « *Lepidus consul legem tulit et ipse cibariam : Cato enim sumptuarias leges cibarias appellat* (1) ». C'est si bien les lois somptuaires de Caton que l'on continue qu'on en conserve encore le nom, et que si l'on ne s'occupe que de la table c'est parce que les lois somptuaires de Caton ne visaient que la table. Tant il y a là une tradition que l'on continue sans en oser espérer une modération impossible du luxe.

Le parti de l'austérité lutte donc toujours, mais il ne lutte plus que pour la forme. Jusqu'à ce qu'un maître arrive, Sylla ou César, qui conçoit un système d'ensemble et essaie, aussi inutilement du reste que ses devanciers de faire revivre les vieilles mœurs. Mais si sa tentative est vaine, elle est au moins sérieuse. C'est ce qu'on ne peut dire des lois somptuaires qui nous restent de cette

1. II, 13.

époque qui va de la mort de Caïus Gracchus (121 av. J.-C.) à la dictature de Sylla.

La première loi que nous rencontrons est la loi Æmilia, rendue en l'an de Rome 639 = 115 avant Jésus-Christ. Cette loi, dont ni Macrobe ni Aulu Gelle ne font mention, fut proposée par le consul, M. Æmilius Scaurus. Pline nous en a conservé les dispositions principales; elle défendait de servir des loirs, des coquillages « *conchylia* », et des oiseaux exotiques « *aut ex alio orbe convectas aves* ». Pline nous rapporte en même temps que l'on engraissait dans des tonneaux les loirs que l'on destinait à la table (1). Quant aux coquillages, nous savons que les Romains connurent d'assez bonne heure les parcs d'huîtres et d'escargots (2).

Notons en passant deux autres passages de Pline qui nous révèlent quelques autres prohibitions des censeurs, analogues à celles de la loi d'Æmilius Scaurus. Quelques lignes plus haut il nous dit en effet qu'il y eut de longues pages d'édits censoriaux, prohibant certaines parties des porcs, qu'il énumère et que recherchait particulièrement la gourmandise romaine (3). Il ne donne aucune date, mais il parle du mime Publius Syrus, contemporain de César, ce qui reporte ces édits vers la fin de la Républi-

1. VIII, 81.

2. Varron. *De re rustica*, III, 15.

3. « *Hinc censoriarum legum paginæ, interdictaque cænis abdomina, glandia, testicula, vulvæ, sincipita, verrina; ut tamen Publii mimorum poetæ cæna, postquam servitutem exuerat, nulla memoratur sine abdomine etiam vocabulo suminis ab eo imposito.* » VIII, 77.

que. Puis dans un des derniers livres de son *Histoire naturelle*, il confirme l'existence de toutes ces prohibitions en les rapportant toutes aux censeurs. « Il y a des édits des censeurs, dit-il, qui défendent de servir dans les repas des loirs, des glandes de porcs, et d'autres délicatesses inutiles à mentionner (1). »

La loi Licinia suivit la loi du consul Æmilius Scaurus Cette loi portée par P. Licinius Crassus, petit-fils de Licinius Stolon, en l'an 107 avant J. C, a beaucoup d'analogie avec la loi Fannia, dont elle eût surtout pour but de faire revivre les dispositions un peu oubliées (2). Elle fut accueillie avec tant de faveur par les honnêtes gens, nous dit Macrobe, qu'un sénatus-consulte en ordonna l'exécution avant même que le peuple l'ait confirmée (3). Elle fixe comme la loi Fannia le chifre des dépenses qu'il est permis de faire pour la table. Aux iours ordinaires on ne doit pas dépasser 3 as : à certains jours de fête, aux kalendes, aux nones et aux jours de marché, la loi accorde cent as ; on peut aller jusqu'à 200 as quand il s'agit de célébrer des noces. Enfin la loi Licinia limitait pour les jours ordinaires la consommation de viande sèche à 3 livres et de poisson salé à une livre, laissant toute liberté pour les fruits et les légumes (4) Aulu Gelle cite à ce propos un passage assez curieux du poète Lœvius ; Lœvius décrit un festin où l'on observe la loi Licinia, et il s'écrie :

1. XXXVI 2.
2. Saturn II. 13.
3. Saturn II. 13.
4. Aulu Gelle II. 24 ; Macrobe II. 13.

« *Lex Licinia introducitur, lux liquida hœdo redditur.* »

On sert pour toute régal la loi Licinia, et le chevreau qu'on allait tuer revoit la lumière du jour (1).

On conjecture que c'est pour avoir voulu faire abroger la loi Licinia que Duronius fut chassé du Sénat par les censeurs, M. Antonius et L. Flaccus. Valère Maxime nous dit en effet que Duronius : « *legem de coercendis conviviorum sumptibus latam tribunus plebis abrogaverat* » (2)

Notons vers la même époque, 89 av. J.-C. un édit des censeurs P. L. Crassus et L. Julius Cæsar qui défend de vendre les vins d'Amminée (en Campanie) et les vins Grecs plus de 8 as. le quadrantal (25 litres 92). « *Ne quis vinum Graecum ammineumque plus octonis æris singula quadrantalia venderet.* » Pline qui rapporte cet édit, ajoute que le vin grec était si estimé qu'on n'en servait alors qu'une fois par repas, et que Lucullus racontait qu'il n'en avait jamais vu donner davantage chez son père (3).

Pour les vins d'Amminée nous avons le témoignage de Virgile qui nous les montre encore estimés de son temps.

Sunt et Amminea vites, firmissima vina,
Tmolus et assurgit quibus, et rex ipse Phanæus,
Argitisque cuiminor, non certaverit ulla
Aut tantum fluere aut totidem durare per annos » (4).

1. Aulu Gelle II 24.
2. Valère Maxime II 9.
3. Pline XIV 16 et 17.
4. Céorgiques, II vers 96 et suivants.

II. — A mesure que nous avançons les dépenses et la corruption s'accroissent, et à l'époque où nous sommes arrivés il semble qu'elles ne puissent plus grandir. C'est le temps de Marius et de Sylla. C'est l'époque des proscriptions.

Enfin Sylla est au pouvoir. A peine maître de l'Etat, ce prodigue, ce débauché qui jetait aux filles l'argent des proscriptions et dont les dettes surpassaient encore les rapines, imagine de restaurer les mœurs et de faire revivre les lois somptuaires : « *senescentes etiam reparavit leges sumptuarias* » dit Ammien Marcellin (1). Ce qui caractérise en effet la tentative de Sylla c'est un ensemble véritable de mesures somptuaires. Il ne s'agit plus seulement de lois sur les repas de « *leges cibariæ* » suivant la tradition de Caton ; le dictateur s'attaque à toutes les manifestations du luxe et il leur oppose à toutes des barrières, qu'il semble prendre ensuite plaisir à renverser lui-même.

Il renouvelle d'abord la loi Licinia. Une loi Cornélia fixe à 3 as la dépense des jours ordinaires, à 300 celles des Ides, des Nones, des Kalendes, et des jours de fête. Il agit ainsi, dit Aulu Gelle, pour empêcher les fortunes de se dilapider en festins. (2). Cette idée de maintenir les fortunes de l'aristocratie concorde d'ailleurs assez bien avec ce qu'on sait des vues politiques de Sylla. Elle expliquerait aussi ce que dit Macrobe : il prétend que Sylla

1. XVI 5 Cpr Plutarque *Vie de Sylla, passim.*

2. « *Cum plerique ni patrimoniis amplis illuarentur et familiam pecuniamque suam coenarum prandiorumque gurgitibus proluissent* » *Nuits Att.* II, 24.

limita le prix de certaines denrées recherchées, dont on ne comprend même plus le nom à l'époque de l'auteur des *Saturnales* (1). Si Macrobe ne se trompe pas et si la limitation du prix s'adressait bien aux marchands et non aux acheteurs, il faut supposer deux lois de Sylla sur les dépenses de table.

Nous connaissons aussi par Plutarque une loi de Sylla inspirée par le même esprit et qui défendait aux sénateurs d'emprunter au delà de 2000 drachmes. Plutarque remarque qu'en mourant Sylla laissa pour 3 millions de drachmes de dettes (2).

Il n'observait pas plus d'ailleurs les lois sur les repas, et il donna au peuple des festins si magnifiques qu'on jetait tous les jours au Tibre des quantités prodigieuses de viande. Il viola également la loi qu'il avait faite sur le luxe des funérailles la première depuis la loi des XII tables. Il fit à sa femme Metella des bsèques splendides sans s'inquiéter du maximum de dépenses qu'il avait fixé (3). La magnificence n'en fut dépassée que par celle des funérailles que Pompée lui fit faire. Il fut brûlé avec un appareil et une pompe magnifique : il avait ordonné que contrairement à l'usage ancien et constant de la famille Cornélia, son corps ne fut pas enterré mais brûlé. Il se rappellait, dit Pline (4) qui raconte le fait, comment il avait traité Marius et craignait que les partisans de son ancien rival ne fissent subir à son cadavre la peine

1. Sat. II 13.
2. *Vie de Sylla*, ch, 11.
3. *Ibid.* ch, 44. Cpr. sur cette loi Cicéron *ad atti*, XII 35 et 36.
4. H. N VII 55 Cpr. Cicéron. *De legibus*, II, 22.

du talion « *idque eum veruisse meritum talionem, eruto C. Marii cadavere* ».

Il avait porté aussi une loi sur les jeux de hasard. Un fragment de Marcien recueilli au Digeste nous dit en effet que les lois Titia, Publicia et Cornelia permettent de cautionner par la *sponsio* la dette résultant d'un pari pour les jeux de force ou d'adresse et le défendent pour les autres (1).

De son œuvre somptuaire nous ne possédons que des fragments; ils nous permettent cependant d'y deviner une œuvre d'ensemble et un plan combiné d'attaque contre les excès du luxe et des dépenses. Mais pour réussir il était déjà trop tard; et puis quelle autorité pouvait avoir un Sylla commandant la simplicité et les bonnes mœurs, et mourant de débauches, épuisé de dépenses et de dettes?

III. — Après la mort de Sylla, dit Macrobe, le consul Lépidus (*Æmilius Lepidus*) fit porter une loi somptuaire sur les dépenses de table (2). C'est la seconde loi Æmilia sur le même sujet; la première est celle d'Æmilius Scaurus, en 115 av. J.-C.; la loi d'Æmilius Lépidus est de 79 av. J.-C. Nous savons seulement par Aulu Gelle qu'elle ne réglait pas les sommes à dépenser (ç'avait été l'objet de la loi Cornélia), mais qu'elle entrait dans le détail des mets prohibés ou permis. « *Qua lege non sumptus coenarum, sed cibarum genus et modus præfixum est* » (3).

1. FF, 3. *De aleatoribus.*
2. Saturn. II 13
3. *Nuits Attiques*, II, 24.

Vient ensuite la loi Antia, portée par Antius Restio Macrobe, qui la traite d'excellente, constate tristement qu'elle fut impuissante devant l'obstination du luxe et la conspiration de tous les vices. « *Quam legem, quamvis esset optima, obstinatio tamen luxuriæ et vitiorum firma concordia, nullo abrogant, irritam fecit* »(1).

La loi d'Antius Restio déterminait non seulement le taux de la dépense, mais énumérait les personnes dont les magistrats ou ceux qui briguaient les magistratures pourraient accepter les invitations. Comme témoignage de l'impuissance de la loi Antia, l'auteur des Saturnales raconte qu'Antius Restio dut s'abstenir désormais d'aller dîner hors de chez lui, pour ne pas être témoin de la violation de la loi qu'il avait proposée.

Aussi Pompée et Crassus étant consuls en l'an 55 av. J.-C., s'efforcèrent-ils de faire porter une nouvelle loi somptuaire. C'est Dion qui nous l'apprend (2). Il n'y parvinrent pas d'ailleurs ; faut-il le regretter et étaient-ce vraiment les lois somptuaires qui manquaient à cette époque ?

Terminons cette énumération par une loi Publicia dont Macrobe (3) nous a conservé la disposition assez curieuse et dont nous ignorons d'ailleurs la date. Les grands avaient pris, paraît-il, l'habitude d'exiger, à l'occasion des Saturnales, des présents dont le fardeau pesait lourdement sur les pauvres gens « *idque tenuiores gravaret.* » Le tribun du peuple Publicius fit défendre d'envoyer,

1. Saturn, II, 13.
2. Dion, XXXIX.
3. I, 7.

sinon à de plus pauvres que soi, rien autre chose que des bougies de cire : «*tulit non nisi ditioribus cerii missitarentur.* »

Cette loi pourrait bien être d'ailleurs antérieure à notre époque. Ce nom de Publicius rappelle une loi de Publicia que nous avons trouvée citée dans le fragment de Marcien avec la loi Cornelia de Sylla sur les jeux et paris (1). En admettant que les deux lois aient le même auteur, ce qui est possible, car les Saturnales étaient l'occasion de jeux et de divertissements en même temps que de cadeaux, comme il est probable que le vers de Plaute :

« *Ut ne legi fraudem faciam talariœ,* » se rapporte à la loi Publicia sur les paris et les jeux, la loi Publicia dont parle Macrobe serait au plus tard de l'époque de Caton (2).

IV. — Avec César nous retrouvons encore une fois une tentative complète et raisonnée pour combattre le luxe et faire revivre les anciennes mœurs. Nous la devinons plutôt ; comme pour Sylla, nous n'avons que des débris épars de l'œuvre somptuaire de César.

Par une contradiction qui n'est pas rare chez ceux qui, nés dans la vie privée, s'élèvent au pouvoir, ce débauché célèbre essaya de faire revivre la pureté des mœurs, et

1. *F Fi* 3. *De aleatoribus.*

2. On retrouve dans les auteurs quelques allusions à des lois somptuaires qui nous paraissent se rapporter à des mesures autres que celles que nous avons énumérées. Mais comme de ces lois on ne peut deviner ni les dispositions ni même le nom exact, et qu'on doute parfois de l'existence d'une loi véritable, nous n'en parlons pas ici. Cpr. Boxmann, *op. cit.* p. 52 et 53.

celui qui avait tant détruit entreprit de restaurer la vieille austérité romaine. (1) Il commença par chasser du sénat les sénateurs coupables de concussion, reprenant ainsi tout à coup l'antique sévérité des censeurs du temps de Caton. Il s'occupa aussi comme tous ceux qui l'avaient précédé du luxe de la table et fixa comme eux un maximum de dépenses ; il limita enfin, comme l'avait fait la loi Licinia la quantité de viande à consommer, laissant probablement toute liberté aussi, quant aux fruits et aux légumes (2).

Aulu Gelle nous rapporte même le chiffre de dépenses fixé par la loi Julia ; c'était 200 sesterces les jours ordinaires, 300 à certains jours de fête, et 1000 aux jours de noces et pour les repas qui se faisaient aux anniversaires de mariage (3).

Cette loi à laquelle la correspondance de Cicéron fait quelques allusions souvent railleuses, il la fit exécuter avec une rigueur qui le fait appeler par Cicéron notre préfet des mœurs « *noster prœfectus moribus* (4). » Suétone raconte en effet qu'il plaçait des gardes autour du marché pour saisir les denrées défendues et les lui apporter ; et que, non content de ces mesures préventives, il envoyait en outre de temps en temps des licteurs et des soldats enlever sur les tables ce qui avait échappé à la vigilance des gardes du marché.

Il s'occupa également du costume des dames romaines ;

1. Suétone. *César*, ch, 43
2 Cicéron *ad Diversos* IX 15.-26. VII 26 *ad Atticum*. XIII, 7.
3. Ou aux lendemains de noces « *repotiis* » dit Aulu Gelle II, 24.
4. *Ad Diversos*, IX, 15.

sur lequel nous n'avons trouvé depuis la loi Oppia aucune mesure somptuaire.

L'historien Eusèbe nous a gardé le sommaire de la loi somptuaire qu'il fit porter: Elle interdisait en principe aux femmes l'usage des perles et des litières (1). Pour les perles il faut remarquer que le luxe « le plus vain de tous » dit Pline (2), était porté alors à un très haut degré et que César se distinguait même parmi les amateurs de perles par la passion qu'il mettait à les rechercher. Il paya six millions de sesterces une perle dont il fit présent à Servilie, la mère de Brutus; et on l'accusa même d'avoir entrepris la guerre de Bretagne attiré par la renommée des perles que produisait, croyait-on, cette région éloignée (3). Quant aux litières ce fut lui même qui s'en servit le premier dans Rome (4). A ces prohibitions Suétone ajoute celle des vêtements de pourpre: et Dion dit que la défense des vêtements de pourpre s'appliquait même aux hommes, les magistrats et les sénateurs exceptés (5). Quoi qu'il en soit, par une disposition singulière et qui nous rapproche des lois caducaires, étaient exceptées des prohibitions de cette loi somptuaire les femmes mariées qui avaient des enfants, et celles, qui ayant passé l'âge de quarante cinq ans, ne pouvaient plus espérer en avoir (6).

Un trait que rapporte Suétone montre du reste très bien

1. Eusèbe *Chr. Olymp.* 184.
2. H. N. XIII 4.
3. Pastoret *op. citato.* V p. 107.
4. Pastoret III p. 335.
5. Dion Cassius XLIX. 16. Suétone, *César,* ch 43.
6. Athénée, *loco citato.*

combien l'idée de relever la dignité du mariage et d'augmenter par des enfants légitimes la population libre préoccupait déjà César. Il rompit le mariage d'un préteur parce que la femme que ce magistrat avait épousée n'avait divorcé que depuis deux jours; et pourtant, dit Suétone, il n'y avait nul soupçon d'adultère, « *quamvis sine probri suspicione* » (1).

Les lois de César n'eurent, il faut bien le dire, guère d'effet sur les mœurs romaines. On leur obéit à peu près tant qu'il vécut. Elles durent être vite oubliées quand sa main puissante ne fut plus là pour en assurer l'exécution. Il paraît même qu'Antoine essaya à son tour de faire une loi somptuaire. C'est Macrobe qui nous l'apprend, et la chose l'indigne venue d'un tel homme (2). Elle est en effet au moins surprenante (3).

V. — On ne peut s'empêcher en parcourant cette longue énumération des lois somptuaires romaines, répétant et renouvelant à quelques années d'intervalle les mêmes prohibitions, de faire des réflexions assez tristes sur l'inutilité de ces efforts si persévérants et si opiniâtres de tant d'honnêtes gens du parti de Caton, du parti de l'austérité. Toutes ces lois furent impuissantes à sauvegarder les mœurs et à rétablir l'antique simplicité des contemporains de Curius Dentatus. Pour lutter contre l'effet com-

1. Suétone. *César*, ch. 43.

2. *Saturn*, II, 13.

3. Nous ne parlons pas pour le moment de l'impôt que César établit sur les marchandises étrangères, c'est-à-dire sur la plus grande partie des objets de luxe. Nous en traiterons au chapitre V en nous occupant des impôts somptuaires.

biné de la contagion des vices orientaux et de l'enrichissement trop rapide qui suivit les grandes conquêtes il eût fallu d'autres armes que les lois somptuaires. Ces lois furent donc impuissantes, et si l'histoire n'était là pour nous l'apprendre, il suffirait de les regarder pour comprendre combien elles devaient reculer tous les jours devant le flot montant des richesses et du luxe. Depuis la loi Fannia qui imagina de régler à une somme fixe la dépense quotidienne de table, toutes les lois que nous connaissons élèvent peu à peu la limite. La loi Fannia défendait de dépenser aux jours ordinaires plus de deux as; la dernière loi analogue dont nous possédions les dispositions est du règne d'Auguste ou de Tibère; elle accorde, nous le verrons aux jours ordinaires 300 sesterces ou 750 as. On voit combien la loi cédait à l'action plus puissante des mœurs.

Mais si quittant le terrain trop général des mœurs que les lois somptuaires étaient impuissantes à rétablir, on se borne à l'examen des dépenses de table, objet direct de ces lois, et l'on se demande si les lois somptuaires furent observées, et les dépenses restreintes, l'embarras est assez grand pour donner une réponse précise.

Il faut d'abord remarquer un fait sur lequel tous les auteurs s'accordent; c'est qu'au bout de peu de temps les lois somptuaires tombaient en désuétude; il fallait les renouveler, les restaurer par l'autorité d'une loi plus récente (1). Et c'est pourquoi tant de lois se succédèrent et se répètent.

1. « *Seniescentes etiam reparavit leges sumptuarias* » dit de Sylla Ammien Marcellin, XVI, 5. Cpr. Macrobe. II, 13. Aulu Gelle, II, 24.

Mais durant la courte période où elles restaient en vigueur étaient-elles au moins respectées, ou ne furent-elles jamais que de vaines prescriptions que l'on pouvait enfreindre sans scrupule ni danger ?

Nous avons plusieurs témoignages des auteurs qui semblent devoir faire admettre tout d'abord cette dernière hypothèse et faire supposer que les lois somptuaires ne furent jamais à Rome que de vains épouvantails.

Déjà à l'époque où la sévérité fut la plus grande contre le luxe, Caton se plaignait que la loi Orchia fut mal observée, nous dit Macrobe (1). Athénée nous rapporte que la loi Fannia ne trouva que trois romains pour l'observer(2). Nous avons vu ce que l'on raconte d'Antius Restio qui, après avoir proposé la loi somptuaire qui porte son nom, dut, pour ne pas la voir violer à ses yeux, s'abstenir d'aller dîner hors de chez lui (3). Pline dit de même que le même Publius Syrus ne dîna jamais sans avoir sur sa table des tripes de porc que l'édit des censeurs prohibait cependant.

La correspondance de Cicéron nous offre aussi quelques arguments en ce sens. Il se moque agréablement de ce « préfet des mœurs. » César, avec ses lois somptuaires et ses plaintes sur ce qu'on les néglige ; je me doutais déjà un peu qu'on les négligeait, dit Cicéron : « *idque eram suspicatus* (4). » Il se pose en homme qui s'inquiète peu des lois somptuaires et qui, s'il vit simple-

1. Saturn. II, 13.
2. Athénée Dupnosoph, VI, 13.
3. Saturn. II, 13.
4. Cicéron, *Ad Diversos*, IX, 15, *Ad Attic.*, XIII, 7.

ment, le fait par goût et non par force. Si je trouve une maison à Naples, dit-il, je veux dépenser en un jour ce que la loi somptuaire accorde pour dix. Nous dînerons ensemble, dit-il ailleurs, et nous respecterons le taux de la loi, s'il y en a encore une, ou nous le dépasserons, peu importe (1) !

Peut-être cependant ne faut-il pas attacher à ces passages de la correspondance de Cicéron une importance trop grande. Qu'il fût de bon ton de paraître ignorer s'il y avait encore des lois somptuaires et de ne pas même s'inquiéter de le savoir, c'est possible. Mais qu'en fait on ne s'en préoccupât pas, et qu'on les enfreîgnit sans crainte ni danger c'est plus douteux. D'autres lettres du même Cicéron vont nous le montrer plus soucieux de respecter les lois somptuaires. Ce sont d'abord deux lettres à Atticus qui se rapportent toutes deux à un monument funèbre qu'il veut élever à son frère; il craint qu'en dépassant le taux fixé par la loi de Sylla, il ne soit obligé de payer amende, égale, nous l'avons vu, à ce que l'on dépensait au delà du maximum déterminé. Aussi se défend-il de vouloir élever un sépulcre, c'est un temple « *fanum* » qu'il fait construire, et il fait remarquer à Atticus combien il tient à cette distinction ; il est vrai que par bon ton il se plaisante lui-même sur cette crainte de l'amende, mais elle n'en est pas moins visible, et cela suffit pour nous montrer que la loi de Sylla était encore appliquée en l'an 46 av. J.-C. (2).

1. Cicéron, *Ad Divers.*, IX, 15 et 26.
2. *Ad Attic.* XII, 35 et 36.

Quant aux lois sur les repas, elles étaient à la même époque loin d'être tombées en désuétude. Nous avons vu le poète Lœvius nous montrer la loi Licinia intervenir au milieu d'un festin et s'écrier douloureusement : « *Lex Licinia introducitur, lux liquida hœdo redditur !* » Le témoignage de Cicéron confirme celui de Lœvius. Il raconte dans une lettre à Gallus un festin donné aux augures par le fameux Lucullus, et auquel il avait pris part, non sans dommage pour son estomac. J'ai été trompé par la loi somptuaire, s'écrie-t-il « *lex sumptuaria mihi fraudi fuit,* » je me serais défendu contre des huîtres ou des murènes, je me suis laissé prendre par la mauve et la betterave ; et il ajoute pour s'excuser ; on accommode si merveilleusement les légumes que rien ne saurait être plus délicieux : « *Herbas ita condiunt ut nihil possit esse suavius* (1). »

En général, donc on peut dire que les lois somptuaires furent observées au moins pendant un certain temps. On les appliquait, puisqu'on cherchait à les tourner. Il en fut de toutes les lois somptuaires ou à peu près comme de la disposition de la loi Fannia qui prohibait les poules engraissées, et que l'on éludait en nourrissant des poulets de pain et de lait pour en rendre la chair plus délicate, on ne les violait pas du moins ouvertement (2).

1. Cicéron, *ad Diversos*, VII, 26.

2. Pline X 71. Il semble parler d'ailleurs d'une époque beaucoup plus rapprochée de lui que celle de la loi Fannia ; car il remarque que cette disposition a passé depuis dans toutes les lois somptuaires « *quod deinde caput per omnes leges ambulavit.* »

Comment alors s'expliquer, en face de prescriptions si minutieuses et si sévères, les excès si souvent racontés de la gourmandise romaine, les prodigalités inouïes d'un Apicius ou d'un Lucullus. Il faut remarquer d'abord que l'application des lois somptuaires, comme de toutes les lois qui touchent de trop près à la vie privée, ne pouvait pas être absolument rigoureuse ; il faut surtout tenir compte de la part énorme qu'avaient dans les dépenses des festins les accessoires ; lits ou tables magnifiques, en bois de citre travaillé et incrusté d'or, musiciens, esclaves pour le service, vaisselle et argenterie précieuses, cadeaux splendides aux convives, tout cela relève du faste bien plus que de la gourmandise. L'histoire du pari d'Antoine et de Cléopâtre montre d'une façon frappante combien les accessoires pouvaient l'emporter sur le fond même du repas. La reine d'Egypte avait accepté le défi d'Antoine, et s'était engagée à dépenser quatre millions de sesterces dans un seul festin. Le jour arrivé on sert un repas assez ordinaire. Antoine se récrie sur la pauvreté du festin. Tout cela n'est que de l'accessoire répond Cléopâtre, « *at illa corollarium id esse confirmans* ; » et jetant dans un verre de vinaigre une des perles incomparables qu'elle portait aux oreilles elle la fait dissoudre et boit d'un trait quatre millions de sesterces ; elle allait détruire également l'autre pendant d'oreilles, quand L. Plancus, arbitre du pari, lui arrêta la main en la déclarant victorieuse (1). Ce fut une sorte de mode à Rome à une certaine époque de faire servir des perles qu'on dissolvait dans le vinaigre,

1. Pline, H. N. IX, 58.

luxe de vanité ou d'ostentation sans doute ; mais le repas de Cléopatre ne peut, pas plus que le fameux plat de langues d'oiseaux chanteurs de Roscius. être mis sur le compte de la gourmandise. Il faut enfin pour juger sainement de cette époque, faire attention que la plupart des exemples classiques ne sont rapportés par les auteurs que comme des traits singuliers et extraordinaires ; à supposer même qu'ils n'aient été exagérés ni par Sénèque ni par Pline, on ne saurait les généraliser et en faire la caractéristique d'une époque.

C'est ce qu'indique très bien M. Friedlænder au livre VIII de son ouvrage intitulé *Mœurs Romaines du règne d'Auguste à la fin des Antonins* (1). « Au reste, dit-il, les sommes prodiguées en festins somptueux, mais surtout les prix élevés que l'on payait pour certaines friandises, ne doivent pas être portées uniquement sur le compte d'une gourmandise effrénée, mais aussi sur celui de la mode du temps, de la vanité fanfaronne, de l'ostentation, de l'envie que l'on avait de faire parler de soi dans les cercles des viveurs raffinés, et cette remarque est applicable à beaucoup d'autres phénomènes du luxe de cette époque. » Et après une longue et minutieuse discussion de tous les témoignages des auteurs, il conclut : « En réalité, d'après ce qui résulte de l'ensemble des témoignages, parvenus jusqu'à nous, le luxe de la table à Rome sous l'empire, quelque exorbitant et contraire aux lois de la nature qu'il parût aux anciens était bien infé–

1. Traduction Vogel, Paris, 1865, III, p. 41 et 46.

rieur à celui qu'offrent actuellement en Europe nos grandes capitales. »

Il ne faudrait certainement pas exagérer cette thèse, qui renferme cependant une grande part de vérité pour l'époque au moins où nous sommes arrivés (1). Les excès qui effrayaient les Romains, peuple méridional et naturellement sobre, étaient au point de vue de la seule gourmandise bien au-dessous de ce que l'on s'est souvent imaginé. C'est ce qui explique comment les lois somptuaires purent être portées et appliquées jusqu'à cette époque.

1. « La période du plus grand luxe de table, chez les Romains dit encore M. Friedlænder (*op. citato*, p. 38) ne commence qu'après la bataille d'Actium. » Cpr. Tacite, livre III, 55.

CHAPITRE IV

LE LUXE ET LES EMPEREURS

I. — Les lois somptuaires ne disparaissent pas avec la République ; les empereurs se préoccupent comme l'avaient fait avant eux le Sénat, le peuple ou les censeurs de régler la vie privée des citoyens.

Leurs constitutions sur ces matières sont assez fréquentes et les sanctions sévères qu'elles édictent souvent ne nous permettent guère de douter qu'en fait elles aient été obéies. Mais ces lois sur la vie privée ont perdu le caractère tout spécial qui les a distinguées depuis Caton jusqu'à César ; plus de ces efforts aussi courageux qu'inutiles pour faire revivre les anciennes mœurs et ramener la simplicité des ancêtres. La lutte contre le luxe est à peu près abandonnée et de fait les deux premiers siècles de l'Empire furent l'époque du plus grand luxe et des plus folles prodigalités. Les empereurs renoncent à un combat inutile ; ils cessent à peu près complétement de vouloir réprimer directement le luxe par la loi. Nous en avons un exemple bien curieux et bien caractéristique qui nous est rapporté par Tacite.

Sous le règne de Tibère, dit-il, le sénat s'alarma de l'accroissement excessif des dépenses de table. On dissimulait il est vrai le prix des achats, mais d'un moment

à l'autre le prince pouvait tout découvrir ; qu'arriverait-il si avec sa rigueur ordinaire, Tibère, qui était lui-même d'une économie surannée « *antiquæ parcimoniæ,* » s'avisait de châtier le mépris trop ouvertement affiché des lois somptuaires.

Le sénat, tremblant à cette idée, résolut de prendre les devants, et sur la proposition des édiles il remit l'affaire à la décision du prince. Après avoir longuement réfléchi, dit Tacite, Tibère répondit qu'il n'y avait rien à faire. La lettre aux sénateurs que Tacite nous rapporte est curieuse à plus d'un égard : remarquons seulement ceci c'est qu'à la proposition des édiles l'empereur ne fait qu'une seule réponse ; il est trop tard, le luxe est trop grand pour qu'on puisse espérer seulement de l'entraver ; le vouloir essayer ce serait entreprise folle et impossible.

« Par où commencer la réforme, dit-il, et que faut-il réduire d'abord à l'antique simplicité? Sera-ce l'étendue sans limites de nos maisons de campagne ? cette multitude ou ces nations d'esclaves ? ces masses d'or et d'argent? ces bronzes précieux et ces merveilles du pinceau? ces vêtements qui nous confondent avec les femmes, et la folie particulière à ce sexe, les pierreries pour lesquelles on transporte chez des peuples étrangers ou ennemis les trésors de l'empire ? Je n'ignore pas que dans les festins et dans les cercles, un cri général s'élève contre ces abus et en demande la répression ; mais faites une loi, prononcez des peines, et les censeurs eux-même s'écrieront que l'état est bouleversé, qu'on prépare la ruine des plus grandes familles, qu'il n'y aura plus personne d'innocent. Si quelqu'un des magistrats promet assez d'ha-

bileté et de vigueur pour s'opposer au torrent, je le loue de son zèle, et je confesse qu'il me décharge d'une partie de mes travaux. Mais si en voulant se donner le mérite d'accuser le vice, l'on soulève des haines dont on me laissera tout le poids, croyez, Pères Conscrits, que je suis aussi peu avide d'inimitiés que personne. J'en brave pour la république d'assez cruelles, et trop souvent d'assez peu méritées; mais celles qui seraient sans objet, et dont ni moi ni vous ne recueillerions aucun fruit, il est juste qu'on me les épargne » (1).

La pensée si nettement exprimée par Tibère est au fond celle de tous les empereurs; ils renoncent à réprimer directement le luxe et se contentent comme Vespasien de donner l'exemple de la simplicité; nous parlons des bons empereurs bien entendu (2).

Les lois dites somptuaires que nous allons rencontrer procèdent presque toutes, et sauf quelques vestiges de l'ancienne tradition catonienne, d'une pensée toute autre que le dessein de réprimer le luxe ; leur but est parfois fiscal, (c'est un point que nous développerons au chapitre suivant), le plus souvent politique.

Presque toutes ces lois visent soit les vêtements pour faire en sorte que chacun se tienne en son rang et s'habille selon sa condition, soit la police des théâtres, des jeux, des cabarets. Les quelques mesures dont le principe semble plus moral, et que nous rencontrerons au début, dureront peu de temps et disparaîtront bien vite. C'est

1. Tacite *Ann.* III, 52, et suiv. Cpr. Dion LVII, 13.

2. Cpr. Tacite Ann. ; III, 55. Roscher, *Principes d'économie politique.* Traduction Wolowski t. II. p. 238

ce qui fait le peu d'intérêt qu'offrent à notre point de vue toutes ces mesures; et c'est aussi pourquoi nous nous contenterons de les examiner assez sommairement.

II — Auguste est encore trop près de la République pour se désintéresser aussi complétement du déclin des mœurs et de l'extension du luxe. Seulement ce n'est pas aux lois somptaires qu'il demande la régénération du monde romain. On connaît et le curieux ensemble des dispositions connues sous le nom de lois caducaires et leur complète impuissance. Tout attaché à cette œuvre de la réorganisation de la famille et du relèvement du mariage dont l'abus des divorces avait fait une spéculation plus ou moins profitable, mais jamais bien longue, il s'occupa peu du luxe et se contenta probablement de donner lui même l'exemple de la simplicité. (1)

Cependant il s'efforca, si l'on en croit Aulu Gelle de faire appliquer la loi somptuaire de César sur les repas pour cela il éleva le chiffre de la dépense permise le faisant varier entre 300 et 2000 sesterses — Il est vrai que l'auteur des Nuits Attiques attribue cette mesure à Auguste ou à Tibère, il ne se rappelle plus exactement lequel, dit-il (2).

Nous ne faisons que mentionner la loi sur les exilés, qui limitait le chiffre de leur dépense au lieu de leur exil et le nombre d'esclaves qu'il leur serait permis d'emmener avec eux; ils pouvaient dépenser 185,000 drachmes et avoir 20 esclaves (3); c'est déjà une loi politique, car il

1. Suétone *Auguste* ch. 70 et 71.
2. II 24.
3. Dion, LVI, 27, cpr., LIX, 8.

importait à l'état que les gens que la loi avait frappés n'affichassent pas un trop grand luxe; Tibère voulut qu'ils menassent un train de vie conforme à la situation de bannis.

« Il essaya aussi ou fit semblant d'essayer d'empêcher qu'on fit usage de vêtements de pourpre, » dit Dion Cassius (1). C'est là du reste une disposition qui reviendra souvent dans les constitutions impériales; les empereurs tendent de plus en plus à se réserver l'usage exclusif de la pourpre. A propos du règlement des costumes, Suétone nous raconte qu'il s'efforça d'empêcher l'abandon de la toge romaine, que la mode délaissait de plus en plus. Voyant un jour au forum une foule de manteaux étrangers ; voilà donc, s'écria-t-il plein d'indignation, ces Romains maîtres du monde, cette nation de la toge : « *En*

Romanos rerum dominos, gentemque togatam! » et il ordonna aux édiles de ne souffrir que des toges au forum et au cirque (2). Il est aisé de voir qu'il y a là autre chose qu'une mesure somptuaire, la politique se mêle au *regimen morum* et l'empereur empiète sur le censeur.

Les mêmes considérations s'appliquent à la loi Fusia Caninia qui limite le nombre des affranchissements testamentaires; elle veut surtout prévenir l'invasion de la cité par les affranchis. Aussi ne faisons-nous que la mentionner.

Terminons sur Auguste en notant les mesures qu'il édicta pour la police des jeux et des théâtres (3). Il fixa

1. Dion, LVI, 27. Traduction Boissée.
2. Suétone *Auguste*, ch. 40.
3. *Ibid.*, ch. 44 et 45.

les places de chacun; les femmes eurent des bancs séparés, les militaires de même. Le spectacle des combats d'athlète fut interdit aux femmes. Auguste régla aussi le pouvoir des magistrats sur les histrions « *coercitionem in histriones* » et le limita à la scène.

Mais ce fut pour s'en réserver le contrôle : il surveilla en effet de très près mimes et histrions et nous voyons même par un passage de Dion qu'il avait déterminé le prix qu'ils pourraient exiger. Dion raconte qu'un histrion ayant refusé de paraître sur le théâtre pour le prix fixé, son refus souleva une sédition et que les édiles furent obligés de demander au Sénat l'autorisation de dépasser le maximum de la loi (1).

Voilà à peu près toutes les mesures d'Auguste qui touchent à la vie privée et au luxe : bien peu sont véritablement somptuaires. Remarquons enfin que la simplicité de sa vie privée n'eut d'égal que le luxe avec lequel il embellit Rome : on connaît son mot « *Marmoream relinquo quam lateritiam accipi,* » je l'ai trouvée de terre, je la laisse de marbre (2).

On retrouve dans Tibère à peu près les mêmes préoccupations. Et tout d'abord un assez grand souci de relever les mœurs. C'est ainsi qu'il rétablit le jugement des adultères par les assemblées de parents; il exila aussi des libertins des deux premiers ordres, qui s'étaient fait volontairement noter d'infamie pour pouvoir paraître sur un théâtre en dépit de la défense du Sénat, et des femmes

1. Dion, LVI, 47.
2. Suétone, *Auguste*, ch. 44.

de mauvaise renommée qui, pour éviter les peines des lois, s'étaient fait inscrire parmi les courtisanes. Il ôta la questure à un sénateur qui avait répudié sa femme le lendemain même de ses noces; enfin il dégrada un autre sénateur trop habile à trouver des expédients pour se loger à bon marché (1).

Pour ce qui regarde le luxe et l'accroissement des dépenses nous avons vu par le récit de Tacite qu'il était loin de s'y montrer indifférent. Il désespérait seulement de pouvoir lui opposer des barrières qu'il ne renversât pas. Suétone rapporte cependant qu'effrayé de voir donner un jour 30.000 sesterces pour trois surmulets il fixa un tarif pour les provisions de bouche (2). Il est probable que cet édit sur les marchés fut antérieur à la lettre au Sénat que nous avons rapportée. Tacite nous peint en effet les sénateurs effrayés, parce que les édiles leur représentent que tous les jours on viole la loi somptuaire. « *Sperni sumptuariam legem.* » C'est sans doute à cet édit sur les marchés dont les édiles avaient la surveillance que l'auteur des *Annales* fait allusion.

Tibère essaya de limiter l'usage de la vaisselle d'or aux cérémonies des sacrifices. A cette occasion Octavius Fronton voulut faire adopter par le Sénat une loi somptuaire générale et faire limiter ce que chacun pourrait posséder d'argenterie, de meubles, d'esclaves; il fut combattu par Asinius Gallus que soutenait, dit Tacite, la complicité des vices de ses auditeurs «*similitudo audien*-

1. Suétone, *Tibère*, ch. 35.
2. *Ibid.*, ch. 34.

tium » Le prince d'ailleurs s'y opposa ajoutant que « ce n'était pas le temps de réformer les mœurs et qu'au premier signe de décadence, elles ne manqueraient pas d'une voix qui vînt à leur secours. » L'édit fut borné à la vaisselle d'or et aux vêtements de soie, luxe nouveau et considéré comme honteux pour des hommes ; la soie leur fut donc interdite. « *ne vestis serica viros fœdaret* » dit Tacite (1).

Enfin comme mesure de police il faut noter encore de Tibère un édit réglant la profession d'histrion (2), et la défense faite aux cabaretiers de vendre des aliments, fût-ce même de la pâtisserie. (3)

Mais en général Tibère renonca aux lois somptuaires. Nous l'avons vu par sa lettre au sénat. Un trait que raconte Dion nous le montre encore. A une représentation du cirque il s'aperçut que malgré des défenses précédentes beaucoup d'hommes portaient des vêtements de pourpre. Il ne dit rien : mais un jour que la pluie était venue à tomber il se couvrit ostensiblement d'un manteau de couleur sombre. L'exemple du prince suffit, ajoute Dion, et depuis lors personne n'osa prendre un vêtement autre que celui de son rang. Cette phrase de Dion montre bien que la prohibition de la pourpre était plus politique que somptuaire et visait plus les rangs à maintenir que le luxe à réprimer (4).

1. *Annales*, II, 33, Cpr. Dion, LVII-15, et Friedelænder *op. citat*, III, p. 131.

2. Dion. LVII. 14.

3. Tacite, *Ann*, III 52.

4. ουδεὶς ἀλλοῖόν ἔσθημα λαβεῖν ἐτόλμησε, dit Dion LVII. 13. Tibère donnait aussi l'exemple de la simplicité dans ses repas Suétone, *Tibère*, ch. 34

Chez l'empereur Claude même préoccupation de conserver les mœurs. Grand amateur et grand imitateur de l'antiquité, Claude se souvint des anciens censeurs et de leur sévérité qu'il s'efforça d'imiter, assez maladroitement d'ailleurs; sa censure est célèbre par la rigueur de ses mesures plutôt que par la justesse de ses décisions (1). Le Sénatus-Consulte Claudien témoigne également des bonnes intentions de l'époux de Messaline pour restaurer les bonnes mœurs.

Claude renouvela aussi l'édit de Tibère sur les cabarets où il défendit de vendre de la viande cuite ou de l'eau chaude, châtiant sévèrement les contrevenants (2) : ces prohibitions furent encore réitérées par Néron qui ne voulut que l'on vendit dans les cabarets rien de cuit sauf des légumes (3). A cette insistance des empereurs, il est aisé de comprendre qu'il y a là bien autre chose qu'une mesure somptuaire. Il s'agit de la police et de la sureté de la ville : les cabarets étaient le rendez-vous de la populace, le foyer des émeutes; on veut sans doute en diminuer l'importance et le nombre.

En rapportant cet édit de Néron, Suétone ajoute que le prince limita les dépenses « *adhibitus sumptibus modus.* » On a conjecturé de ces mots qu'il fit une véritable loi somptuaire (4). C'est très douteux d'autant plus que Suétone dit ensuite qu'il réduisit à de petites corbeilles,

1. Cpr. Zeller. *Les empereurs romains* p. 51. Tacite Ann. XI. 25.
2. Dion LV 6.
3. Suétone *Néron* ch 16.
4. Boxmann *De legibus romanorum sumptuariis*, p. 65.

semblables à celles que les patrons donnaient à leurs clients, les distributions à faire au peuple « *publicæ cœnæ ad sportulas redactæ.* » Il est donc probable que ce sont les dépenses publiques que Néron s'inquiéta de modérer bien plutôt que les dépenses privées. Il était toujours à court d'argent. Le même Suétone raconte qu'il avait défendu l'usage des vêtements de pourpre ou de couleur violette. Non content d'envoyer porter au marché quelques morceaux des étoffes prohibées pour pousser par l'exemple les marchands à en mettre eux aussi en vente, et à encourir l'amende de l'édit, il aperçut un jour au théâtre où il chantait, une dame de qualité vêtue de pourpre. Bien vite il envoie ses agents et fait confisquer non seulement les vêtements prohibés mais tous les biens de la délinquante (1).

Cette anecdote est curieuse, parce qu'elle indique bien la tendance de tous ces édits impériaux. Il s'agit moins des mœurs que du fisc. On veut non réprimer le luxe mais enrichir le trésor.

III. — « Après la lecture de la lettre de Tibère au Sénat dit Tacite, on dispensa les édiles du soin qu'ils prenaient et le luxe de la table qui, depuis la bataille d'Actium jusqu'à la révolution qui donna l'empire à Galba s'était signalé par d'énormes profusions est tombé peu à peu (2). » L'auteur des *Annales* recherche les causes de ce changement, il en énumère plusieurs et il ajoute : « Mais le principal auteur de la réforme fut Vespasien qui, à sa ta-

1. Suétone, Néron, ch., 32.
2. Tacite, *Ann.* III, 65. Traduction Burnouf.

ble et dans ses vêtements, donnait l'exemple de la simplicité antique. Le désir de plaire au prince et l'empressement à l'imiter furent plus efficaces que la crainte des lois et des châtiments. (1) »

L'exemple est en effet le grand moyen qu'emploient désormais les princes pour réprimer le luxe, moyen plus puissant peut-être que tous les autres sur les courtisans de la Rome impériale ; il lui manqua seulement d'être donné d'une façon plus persévérante. Quoi qu'il en soit et jusqu'à l'époque où l'empire devenant décidément oriental, le faste est un moyen de gouvernement, tous les bons empereurs se firent un devoir de prêcher d'exemple en pratiquant la simplicité dans leurs repas dans leurs vêtements, dans leur mobilier.

Nerva en arrivant à l'empire fit vendre « quantité de vêtements, de vases d'argent et d'or, ainsi que d'autres meubles tant des siens propres que ceux de l'Etat, quantité de terres ou de maisons, ou plutôt il vendit tout excepté les objets nécessaires, et son train de vie fut modeste. » (2) Pertinax agit de même en prenant la succession de Commode ; il vendit tout le mobilier impérial et réduisit les dépenses de moitié.(3). Et chez tous les bons empereurs, on retrouve la même simplicité quelquefois même poussée à l'extrême (4).

1. *Ibid.*
2. Dion, LXVIII, 2 Traduction Boissée.
3. Capitolin *Pertinax*, ch. 8.
4. Spartien, Didius Julianus, ch. 3.
   » Septime Sévère — 19.

Contents d'ailleurs de cet exemple, ils renoncèrent, en général, aux lois somptuaires. On n'en trouve aucune se rapportant au luxe de la table, car la prohibition de rien vendre autre chose dans les cabarets que des légumes, que les empereurs renouvellent de temps en temps, est une mesure de police, nous l'avons déjà remarqué. On la retrouve encore attribuée à Vespasien par Dion Cassius (1).

Pour les vêtements on trouve quelques mesures des empereurs de cette période. Vopisque rapporte que l'empereur Tacite interdit l'usage des vêtements à bandes d'or « *auroclavatis vestibus interdixit*; » il ajoute que c'est sur les conseils du même Tacite qu'Aurélien avait proscrit l'or dans les vêtements, dans la décoration des chambres et des fourrures « *aurum a vestibus, et cameris et pellibus submovit* (2). »

Plus curieuse est l'histoire que Lampride raconte d'Alexandre Sévère (3), et elle montre l'intention générale de toutes ces mesures en apparence somptuaires, au fond de politique ou tout au moins de police. Il paraît qu'Alexandre Sévère conçut le projet d'imposer à chaque

» Hadrien — 22.
Capitolin, Antonin le Pieux — 12.
Lampride, Alexandre Sévère — 19.
Vopisque, Aurélien — 49.
» Tacite — 10.
Cpr. Roscher, *loco citato*.
1. LXVI, 10.
2. Vopisque, *Tacite*, ch. 11.
3. Lampride, *Alex. Sévère*, ch., 26.

profession, à chaque classe, à chaque fonction, un costume particulier et distinctif. Ce furent les deux jurisconsultes Paul et Ulpien qui l'en détournèrent en lui représentant que ce serait là la cause de querelles et de rixes incessantes. Sévère renonça à son dessein et se contenta de distinguer les chevaliers par la largeur de leur nœud de pourpre. Ajoutons enfin qu'il défendit l'usage de certains manteaux de mode nouvelle, sauf aux vieillards pendant l'hiver et aux femmes en voyage; c'est encore Lampride qui nous l'apprend dans le même passage.

Adrien s'était aussi occupé des vêtements et il avait essayé de ramener l'antique usage de la toge que les manteaux grecs ou orientaux supplantaient de plus en plus. Il exigea, dit Spartien (1) que les sénateurs et les chevaliers portassent la toge en public; lui-même la portait toujours en Italie et la gardait même à table.

Notons encore sur ce sujet et à titre de curiosité, les décisions sur les vêtements, les modes, les préséances rendues par le Sénat de femmes qu'Héliogabale avait réuni pour délibérer sur ces matières (2).

Tout cela est bien loin des rigoureuses mesures du vieux Caton et ne vise guère à corriger les mœurs. Quelques princes cependant se souvinrent qu'ils étaient censeurs en même temps qu'empereurs. et firent quelques tentatives de ce côté. Il faut noter surtout le sénatus-consulte Ma-

1. Spartien, *Hadr.*, ch., 21.
2. Spartien *Heliogabale*, ch. 4.

cédonien qui essaya d'empêcher les emprunts faits par les fils de famille. La véritable portée morale de cette mesure nous est indiquée par l'édit de Claude qui la précéda et la prépara. Claude défendit aux usuriers de prêter aux fils de famille en stipulant pour échéance du remboursement la mort du père de l'emprunteur. On craignit que les fils n'échappassent trop facilement à l'autorité paternelle (1).

Mais celui des empereurs qui se montra le plus sevère pour les mœurs fut, chose bizarre, Domitien. Pendant sa censure il chassa du Sénat Cœcilius Rufus qui s'était montré dansant sur le théâtre. Il interdit aux femmes de mauvaise vie l'usage des litières et fit punir impitoyablement les vestales coupables d'avoir manqué à leurs vœux (2).

Enfin le théâtre fut l'objet de la sollicituele des empereurs, tantôt pour y régler les places et les siéges (3), tantôt pour limiter les sommes qu'on donnait aux gladiateurs (4). Disons de suite sur ce dernier point que les empereurs s'efforcèrent souvent et toujours en vain de réduire les dépenses inouïes des spectacles qui ruinaient les particuliers les plus opulents et épuisaient le trésor impérial obligé de lutter de prodigalité avec eux.

IV. — Nous avons trouvé peu de lois somptuaires dans la période précédente ; à partir de Dioclétien nous n'al-

1. Suétone *Vespasien* ch. 11. Tacite. Ann. XI, 14.
2. Dion. LXVII, 13, Suétone, *Domitien* ch. 8.
3. Suétone *Ibid.*
4. Capitolin *Antonin le Pieux* ch, 12.
Marc Ant. le Philo, ch. 11 et 27.

lons plus en rencontrer du tout. Il suffit de parcourir les diverses constitutions impériales de cette époque, qui touchent au luxe, pour se convaincre que la pensée de conserver les mœurs ou de réprimer le luxe ne les a nullement inspirées.

Le Bas-Empire connut des lois très sévères sur les vêtements. L'usage de la pourpre et de la soie fut rigoureusement interdit aux particuliers. Un titre du code de Justinien s'en occupe; il est intitulé « *De vestibus holobernis et auratis et de intinctione sacræ muricis* » C'est le titre 8 du livre XI.

La plus ancienne constitution que l'on y rencontre est de Valens, Valentinien et Gratien (365) (1). Elle défend de fabriquer hors des ateliers impériaux des vêtements tissés d'or ou bordés d'une bande de soie et d'or. La prohibition est renouvelée en 382 par Gratier, Valentinien et Théodose (2), puis par Théodose et sous peine capitale (3). En 424 Théodose II défend la soie et la pourpre, ordonne de confisquer ce que les particuliers détiennent malgré les lois et assimile pour l'avenir la détention de vêtements de pourpre au crime de lèse majesté (4). Enfin quelques années plus tard le même Théodose II édicte pour sanction du délit de vente de la pourpre la peine plus modérée d'une amende de 20 livres d'or.

L'usage des pierres précieuses est également limité, strictement pour les particuliers, et suivant l'emploi

1. C. 1, *De vestibus holob.*
2. C. 2.
3. C. 3.
4. C. 4.

qu'on en veut faire, par une constitution de l'Empereur Léon insérée au code de Justinien (1). Quel est donc le motif de ces prohibitions et y a-t-il là dessein de limiter le luxe et les dépenses des particuliers? Nullement; les empereurs défendent la pourpre pour s'en réserver l'usage et le privilège, « *temperent universi*, dit Théodose II, *ab hujusmodo speciei possessionis quæ soli principi ejusque domi dicatur* (2). »

C'est ce qui explique la gravité des peines, et l'assimilation faite par Théodose II entre la détention de la pourpre et le crime de lèse majesté. C'est ce qui explique en même temps pourquoi les pêcheurs de murex sont dès le commencement du v[e] siècle organisés en confrérie, munis de privilèges spéciaux, et astreints à continuer leur profession, et qu'il leur est imposé à eux et à leurs descendants à perpétuité de fournir aux besoins de la maison du prince (3).

Toutes ces prohibitions, insérées au code de Justinien, durèrent pendant tous le Bas-Empire et il faut aller jusqu'à la fin du IX[e] siècle pour voir l'empereur Léon le Philosophe permettre de mettre en vente dans les marchés publics des rognures de pourpre et concéder aux particuliers sans restriction l'usage des pierres précieuses (1).

1. C. Unique *Nulli licere*. XI, 11.
2. C. 4. *De vestibus holobernis*.
3. C. II et 12. *De murilegulis* — XI 7. Cpr Boxmann *op. citat* vers la fin.
4. Novelles 80 et 81 de l'empereur Léon. Signalons à propos de ce prince la constitution bizarre (nov. 58) par laquelle il défend

Dans le même ordre d'idées, il existe au code Théodosien un titre assez curieux, intitulé : « *De habitu quo uti oportet intra Urbem.* » Il montre à nu la terreur qu'inspirent les barbares aux descendants dégénérés des conquérants du monde. On défend de paraître à Rome ou dans le voisinage avec le costume barbare, les longs cheveux, les peaux de bête (1), les braies ou les sandales (tzangœ). La peine est l'exil perpétuel et la confiscation des biens. Elle ne suffit pas cependant à conjurer le péril. Honorius répète en 399 la défense faite déjà en 397, et qui est reprise par Honorius et Théodose le jeune en 416 (2) Le titre suivant n'est guère moins caractéristique ; il est intitulé : « *Quibus militantibus ad Urbem non licet accedere.* »

C'est encore un but politique qui fait défendre aux sénateurs par Gratien, Valentinien II et Théodose en 382 de venir au Sénat dans un costume militaire (3) ; ou bien peut-être est-ce aussi pour se défendre de l'invasion barbare qui se produit de tous les côtés à la fois : La sanction est pour les sénateurs qui désobéissent la perte de leur dignité. La Constitution détermine encore le costume des appariteurs des magistrats ou des officiers du fisc (*officiales*) ; la peine pour les infractions, est ici plus grave : c'est l'exil et une lourde amende de 20 livres d'or.

sous peine de flagellation, de confiscation des biens et d'exil de faire, de vendre, ou de manger des boudins.

1. Code Théodosien (Edition Godefroy) C. 4 *Quo habitu oportet* XIV 10.

2. Code Théodosien C. 2 et 3. *Quo habitu*

3. Code Théodosien C. 1. *Quo habitu.*

Enfin les empereurs Théodose, Arcadius et Honorius règlent en 393 le costume des comédiens ; ils leur interdisent les tissus d'or, les pierres précieuses et une sorte de manteau, nommé « *crusta* (1). »

Les spectacles et les jeux sont encore à cette époque un grand sujet de réglementation pour les empereurs. Constantin défendit en 325 les combats de gladiateurs (2). La prohibition ne dura pas et à l'époque de Justinien ils sont permis par une constitution insérée au Code et qui remonte à Arcadius et Honorius (3).

Mais ce qui préoccupe le plus vivement le gouvernement impérial ce sont les dépenses des jeux ; il en redoute l'excès devenu presque nécessaire par l'entraînement de l'exemple et les exigences du peuple. Il craint surtout la popularité que se font ceux qui les donnent avec magnificence ; aussi voyons-nous régler soit pour les gouverneurs de province, soit pour les autres magistrats, le maximum de ce que l'on pourra distribuer « largiri » à l'occasion des jeux. C'est l'objet de deux constitutions, l'une de Théodose et Arcadius, l'autre d'Honorius et Théodose II, insérées au Code Théodosien et qui manquent au Code de Justinien (4).

Notons pour terminer cette énumération deux constitu-

1. Code Théodosien. C II. *De scænicis*, XV, 7.
2. Code Théodosien, C 1. *De gladiatoribus*, Cpr. C. 2 et 3 même titre.
3. C. Unique *De majuma*, XI, 45.
4. Code Théodosien, C 1 et 2, *De expensis ludorum*, XV, 9.

tions assez curieuses. La première de Théodose défend de vendre ou d'acheter des flûtes, d'enseigner l'art d'en jouer, d'en faire jouer dans les repas et d'acheter des esclaves joueurs de flûte. Le but de ces prohibitions nous échappe ; à moins que la flûte ne soit un plaisir dont l'empereur veut se réserver le privilège (1). La deuxième constitution est de Julien l'Apostat. Elle défend probablement dans un but religieux les enterrements de jour ; ils devront se faire pendant la nuit (2).

En résumé, à mesure que l'on avance dans l'histoire du droit Romain, et que l'on s'éloigne de cette période de lutte à laquelle Caton a attaché son nom, les mesures somptuaires s'atténuent et disparaissent peu à peu. On les abandonne, non comme trop rigoureuses ou vexatoires, mais comme impuissantes. Et il semble bien qu'à la fin du droit il ne reste plus grand chose de tout cet ensemble de mesures si péniblement élaborées. Voyons cependant avant de conclure si des mesures d'un autre ordre, les impôts somptuaires, ne sont pas venues remplacer pendant un certain temps au moins les lois somptuaires à peu près abandonnées dès le commencement de l'empire. Ce sera l'objet du chapitre V et dernier.

1. Code Théodosien, C. 10, *de scænicis*, XV, 7.
2. Code Théodosien C. 5, *de sepulchris violatis* «*Quod quidem*» dit l'empereur parlant de l'ancien usage qu'il abroge, *oculos hominum infaustis incestabat aspectibus. Quis enim dies est bene auspicatus a funere? aut quomodo ad Deos et templa venietur?* »

CHAPITRE V.

LES IMPOTS SOMPTUAIRES. — CONCLUSION.

I. — Il nous reste, pour avoir une vue d'ensemble des mesures par lesquelles les Romains ont essayé de limiter le luxe, à examiner rapidement le côté fiscal de la question, à parler des impôts somptuaires.

On connut de bonne heure à Rome ce procédé indirect qui consiste à unir à un but moral une mesure financière, à frapper certains actes prohibés d'une taxe qui est une mesure de répression en même temps qu'un impôt. Tite Live rapporte que dès l'origine de Rome, Servius Tullius imposa aux veuves un impôt spécial destiné à l'entretien des chevaux de l'ordre équestre; « *et quibus equos alerent viduæ attributæ* » dit-il en parlant des chevaliers (1). On sait la défaveur avec laquelle l'Etat vit de tous temps à Rome les veuves qui ne se remariaient pas: l'idée de les pousser indirectement à une nouvelle union ne fut peut-être étrangère à cette mesure de Servius Tullius (1). Cet impôt, *viduvivium* que les censeurs durent

1. Tite Live I, 43.

2. Il faut cependant remarquer que l'impôt appelé, « *æs hordearium* » atteint toutes les personnes qui ne comparaissent pas devant le censeur et échappent au *tributum ex censu* dont il se trouve être la compensation. Mais sous Vespasien le but sera certainement différent. Cpr. J. Marquart, *op, cit.* p. 129.

rétablir de temps en temps, fut encore renouvelé par Vespasien.

Entre les deux époques se placent les fameuses lois caducaires qui, morales par leur but et visant surtout à la reconstitution des mœurs et de la famille, furent indirectement fiscales. Les « *caduca* », le bénéfice des hérédités ou des legs enlevés aux célibataires étaient attribués d'abord il est vrai aux *patres*, aux pères de famille ; mais à défaut d'héritiers de cette classe, c'était *l'œrarium* le résor qui en recueillait le bénéfice. Plus tard ce fut le trésor particulier du prince, le fisc, et c'est même une question de savoir si Caracalla, qui substitua le fisc à *l'œrarium*, ne le substitua pas aussi aux *patres* ; de sorte que le bénéfice de toutes les dispositions caduques aurait été enrichir le trésor. En tous cas cette mesure n'aurait été que temporaire (1).

La même idée fondamentale se retrouve dans l'histoire de l'établissement de l'impôt du 1/20 sur les affranchissements, en 397-357, telle que nous l'a transmise Tite-Live. Il semble bien que le consul Manlius qui fit voter cette mesure par l'armée réunie dans le camp de Sutrium, ait vu là surtout une mesure politique, destinée à limiter ce droit exorbitant des propriétaires d'esclaves d'en faire tout à coup des citoyens romains. Mais le Sénat, dit Tite Live, approuva le projet parce qu'il fournissait une ressource importante au trésor épuisé. « *Patres quia ea lege haud parvum vectigal inopi œrario additum esset auctores*

1. Accarias, tom. I, p. 944.

fuerunt » (1). Voila bien un exemple saillant d'une mesure politique dans son principe, mais dont les conséquences sont financières (2).

Pour ce qui regarde le luxe, cette conception d'un impôt frappant les objets de luxe, à la fois pour enrichir le trésor et diminuer le luxe, ne fut pas étrangère non plus à la législation romaine. C'est ainsi que la loi Oppia *de Cultu Mulierum* fut nous l'avons vu une espèce d'impôt ou de contribution somptuaire : seulement le caractère financier prédomina, à l'origine au moins ; il s'agit surtout de remplir le trésor vidé par les dépenses de la guerre punique.

Presque toutes les lois somptuaires eurent aussi un côté fiscal (3). La sanction en était probablement des amendes, de sorte que si elles n'atteignaient leur but principal, qui était de réprimer le luxe, elles remplissaient au moins les caisses publiques aux dépens de ceux qui ne voulaient se soumettre à leurs dispositions. Nous en avons deux exemples frappants. Le premier est celui de la loi Cornélia de Sylla sur les funérailles. Nous savons par la lettre de Cicéron que nous avons déjà citée que la sanction était une amende égale à ce qu'on avait dépensé au delà du taux de la loi, « *quo plus insumptum in mo-*

1. Tite-Live, VII, 16.

2. « Une restriction indirecte, au *jus manumissionis*, est portée en l'an 357 avant J. par une *lex Manlia* en ce sens qu'elle grève tout affranchissement d'un impôt de 5 0/0 de la valeur vénale de l'esclave affranchi « *vicesima eorum qui manumittebantur* » dit M. Willems. *Le droit public Romain*, Louvain, 1880 p. 150 Cpr Cagnat *Op. Cita.*

3. Roscher *op. citat* p. 257.

numentum esset quem nescio quid, quod lege conceditur, tantumdem populo dandum esse (1). » Et c'est pourquoi Cicéron, peu soucieux de gratifier le trésor, se défend de vouloir élever un sépulcre ou un monument; il veut à toute force que ce soit un temple « *fanum* ».

Nous avons vu également le second exemple : nous connaissons l'histoire de la loi somptuaire de Néron sur les vêtements de pourpre ou de couleur violette, la façon dont il la faisait appliquer à ceux qu'il saisissait en flagrant délit, et les moyens singuliers qu'il employait pour arriver à trouver des délinquants et des amendes. (2)

Les lois somptuaires faisaient donc peser sur luxe, au moins sur celui qui refusait de se soumettre à leurs prescriptions un certain tribut; mais le droit romain connut aussi de véritables impôts somptuaires.

Le plus célèbre et le plus ancien est l'impôt établi par Caton pendant sa censure, sur les objets de luxe. Nous avons vu qu'il les chargea d'une imposition dix fois plus forte que le taux ordinaire du *tributum ex censu*. La mesure atteignait directement le luxe par l'impôt spécial dont elle le frappait; c'est ce que remarque très bien Plutarque. « Sur mille as, dit-il, Caton en faisait payer trois d'imposition. » (on se rappelle que les objets de luxe avaient été estimés au décuple de leur valeur), « afin que les riches, se sentant grevés par cette taxe, et voyant que les citoyens simples et modestes, quoiqu'ils eussent autant de biens qu'eux payaient beaucoup moins au trésor

1. *Ad Attic.* XII, 35.
2. Suétone *Néron*, ch. 32.

public se réformassent eux-mêmes. Il encourut donc la haine de ceux qui se soumettaient à cette taxe pour ne pas renoncer au luxe, et celle de ceux qui renonçaient au luxe pour s'affranchir de l'impôt (1). »

Nous trouvons également un impôt sur les maisons établi pendant la guerre civile, en l'an 711 de Rome. L'assiette en était assez singulière : les sénateurs, il ne pesait que sur eux, étaient imposés à raison du nombre de tuiles des maisons qu'ils possédaient ou prenaient en location à Rome (2). En principe donc, l'impôt dut être proportionné à l'importance des bâtiments et, atteindre, bien que d'une façon assez indirecte, le luxe des bâtiments qui fut si excessif à Rome dès la fin de la République.

L'impôt que Scipion avait fait porter sur les portes et sur les colonnes des maisons privées (3), présente un caractère somptuaire plus marqué. Aussi M. Dureau de la Malle conjecture-t-il qu'il fut englobé dans l'ensemble des mesures somptuaires que César inventa ou renouvela. Nous savons en effet par une lettre de Cœlius à Cicéron qu'il existait à cette époque ; saches, dit Cœlius, que Favonius n'a pas été oublié par les fermiers de l'impôt des colonnes. « *Nolo te putare Favonnium a columnariis præteritum esse.* (4). »

1. Plutarque. *Vie de Caton,* ch. 26, traduction Ricard.
2. Dion. XLVI, 31.
3. César *Bell. Civ.* III, 32. Cicéron. *Ad Att.* XIII, 6.
4. Cicér. *Ad Div.* VIII 9. Cpr. Dureau de la Malle, *op citat.* II, p. 486.

Peut-être faut-il mentionner aussi l'impôt établi par Caligula sur les courtisanes et leurs entremetteurs (1). C'est la première trace en Droit romain d'un impôt ressemblant à nos patentes modernes. Cette forme d'impôt fut reprise par Alexandre Sévère, qui établit une patente sur les fabricants d'objets de luxe. Ici l'intention somptuaire est évidente : aussi Lampride qui nous rapporte cette mesure, la traite-t-il d'excellente « *pulcherrimum* ». L'impôt portait, paraît-il, sur les tailleurs faiseurs de braies, vêtement étranger et par conséquent de mode et de luxe ; les tisserands de toile de lin dont l'usage commençait à peine à s'introduire, les verriers (on sait le haut prix des produits de l'industrie du verre toute nouvelle à cette époque), les pelletiers, les selliers, les orfèvres en or ou en argent, et les autres artisans de profession semblable (2).

II. — Il nous reste pour terminer cette énumération assez courte à parler de certains impôts indirects qui jouèrent peut-être à un moment le rôle d'impôts somptuaires ; nous voulons parler des droits de douane « *portoria*. »

Nous laisserons d'ailleurs de côté les autres impôts indirects assez nombreux du droit romain. En prélevant un tribut sur les manifestations de la richesse, ils eurent, comme tout impôt, une certaine action sur le luxe. Mais ils ne furent ni par leur but, ni par leur taux, des impôts somptuaires ; nous ne parlerons donc que des *portoria*

1. Suétone. *Caligula*, ch., 40.
2. Lamprid. *Alexandre Sévère*, ch. 24.

et spécialement de ceux qui portaient sur les marchandises de luxe.

On sait que l'impôt que les Romains désignaient sous le nom de *portorium* correspondait en réalité à trois sortes d'impôts indirects. Droits de douanes ; d'abord en prenant cette expression uniquement dans le sens financier ; l'idée de protéger, par des tarifs élevés la production nationale ne paraissant jamais s'être fait jour à Rome ; droits de circulation sur les marchandises en second lieu ; car le *portorium* ne se percevait pas seulement aux frontières de l'empire : il y avait dans l'intérieur et sur toutes les routes principales du commerce, des stations où les fermiers du *portorium* percevaient des droits sur le passage des marchandises ; c'était comme une série de douanes intérieures de province à province, s'ajoutant aux douanes des frontières ; droits de péage enfin.

L'origine en est très ancienne à Rome, puisque Plutarque rapporte à Ancus Martius, qui s'empara du port d'Ostie, l'établissement du premier *portorium* (1) ; il y eut là selon M. Mommsen application du droit de propriété de l'Etat sur les rivages de la mer.

La première mention du *portorium* dans l'histoire date de l'an 510 avant Jésus-Christ. Tite Live nous raconte qu'après l'expulsion des Rois, le sénat, craignant que la plèbe ne traitât avec Porsenna qui assiégeait Rome, lui fit toutes sortes de concessions ; parmi lesquelles il cite

1. Cpr : *Sur les portoria* Naquet. *Des impôts indirects chez les Romains*, thèse, 1875. Cagnat. *Etude historiqne sur les impôts indirects chez les Romains*. Paris 1882, Dureau de laMalle. *Economie politique des Romains*.

l'abolition des droits de douane « *portoriis plebs liberata* (1). » C'était à cette époque une sorte d'octroi dont le poids comme celui de tous les impôts de cette sorte, pesait plus lourdement sur les plus pauvres.

Les *portoria* furent sans doute bientôt rétablis et s'étendirent à toute l'Italie (2). Il semble bien d'ailleurs qu'aucune idée d'impôt somptuaire n'y fut encore mêlée ; la première fois qu'elle apparaît c'est dans les projets de réforme de Caïus Gracchus. « *Dividebat agros*, dit Velleius Paterculus, *vetabat quemdam civem plus quingentis jugeribus habere, nova constituebat portoria* (2). » Cette proposition du deuxième des Gracches d'établir de nouvelles douanes, paraît d'abord inexplicable, quand on réfléchit combien les *portoria* devaient être odieux au peuple ; il n'y a qu'une explication possible ; c'est que les droits de douane, mentionnés à côté des lois agraires, étaient de véritables impôts somptuaires. Caïus Gracchus voulut ou frapper les objets de luxe seuls, ou aggraver les droits qui pesaient sur eux comme sur toutes les marchandises (3).

Quoiqu'il en soit ce fut César qui fit le premier du *portorium* un impôt somptuaire. Le *portorium* avait été aboli en Italie par la loi Cœcilia proposée en l'an 60 av. J.-C. par le préteur Q. Cœcilius Métellus (4). César le rétablit mais seulement pour les marchandises étrangères. « *Pere-*

1. Tite Live II 9.
2. Velleins Paterculus, II, 16.
3. Cpr. Naquet *op. citat.*
4. Dion, XXXVII 51. Cicéron, *ad attic.* II, 16.

grinarum mercium portoria instituit. » dit Suétone (1). Ce qui semble bien prouver qu'il s'agit là d'un impôt somptuaire c'est la place que donne Suétone à cette mesure; il l'énumère au milieu des mesures de César sur la table, le vêtement, etc., par lesquelles le dictateur s'efforça de réprimer le luxe et de rétablir les mœurs. Cependant M. Cagnat dans son « *Etude historique sur les impôts indirects chez les romains* » prétend qu'il y eut là surtout une loi financière destinée à procurer de nouvelles ressources au trésor (2). Il est assez difficile de décider; il faut cependant remarquer que ces marchandises étrangères qui sont frappées en Italie de droits de douane et de circulation sont toutes objets de luxe ; ce sont les onguents, les parfums, les aromates que le luxe romain allait demander aux pays orientaux, à l'Inde et à l'Arabie, Pline consacre deux livres de son histoire naturelle à les énumérer ; et, nous allons en retrouver bientôt dans un texte du jurisconsulte Marcien, inséré au Digeste, une seconde énumération très précise et qui les déclare objets soumis à l'impôt (3). Quelle que fut donc la pensée de César en établissant ces *portoria*, ce fut certainement un impôt qui frappa le luxe, puisqu'il ne portait que sur des marchandises de luxe.

Les *portoria* établis par César subsistèrent jusqu'à la fin du droit. Il en fut de même de ceux que la loi Cœci-

1, Suétone *César*, ch., 42.

2. P. 9.

3. Pline H. N. XII et XIII : Marcien Ff 16, 7. *De publicanis* XXXIX 4. Cpr. Robertson. *Recherches historiques sur l'Inde ancienne*, tome II de ses œuvres, p. 512 à 537.

lia n'avait pas abolis c'est-à-dire des *portoria* des provinces. Néron voulut paraît-il les supprimer ; mais sur les représentations du Sénat, il se contenta d'abolir le quarantième et le cinquantième « *quadragesimæ et quinquagesimæ abolitio* » dit Tacite (1) ; il s'agit là suivant l'explication la plus vraisemblable de droits accessoires que percevaient les publicains, quelque chose comme nos centimes additionnels à l'impôt direct (2).

Les *portoria* demeurèrent donc tant en Italie que dans les provinces ; il se peut cependant qu'ils aient été un moment supprimés par Pertinax (3) ; mais cette mesure, si elle a existé, ne fut que passagère, et très certainement sous Justinien l'impôt du *portorium* subsistait pour tout l'empire. Nous en avons pour preuve les textes du Code ou du Digeste qui s'y rapportent. Citons entre autres, une constitution de Constantin qui dispense les gouverneurs de provinces de payer le *portorium* pour ce qu'ils emportent avec eux et qui est destiné à leur usage personnel (4) ; et un fragment d'un contemporain d'Auguste, Alfenus Varus inséré au titre « *De verborum significatione.* » Le jurisconsulte commente le tarif « *Lex censoria* » des ports de Sicile, qui porte exemption de l'impôt pour les esclaves que l'on emmène chez soi, pour son usage personnel. « *Servos quos domo quis ducet, suo usu, pro*

1. Tacite. Ann. XIII, 50 et 51.

2. C'est l'explication de M. Cagnat (*op. citato*) : elle concorde très bien avec les autres mesures que Tacite nous rapporte de Néron au même chapitre.

3. Herodien II, 4 et 7.

4. C. 5, *De vectigalibus*, IV, 61.

his portorium ne dato » et il examine d'abord ce qu'il faut entendre par les esclaves qu'on emmène chez soi, puis par les esclaves destinés à l'usage personnel (1).

D'autres textes du Code nous parlent également des *portoria;* aucun doute ne peut donc s'élever sur leur existence à l'époque de Justinien. Mais une difficulté naît de l'expression dont le Code se sert pour les désigner, difficulté qui intéresse notre sujet et que nous allons exposer brièvement.

Toutes les constitutions du Code qui parlent du *portorium*, le nomme l'impôt du 1/8 « *octava* ». Or nous savons, tant par les auteurs que par les inscriptions, que le taux du *portorium* n'était pas, dans les premiers siècles de l'empire, du 1/8, mais bien en général du 1/40 « *quadragesima.* » Il n'était même pas absolument fixe et variait suivant les provinces : en Sicile, au temps de Cicéron, il était du 1/20; ailleurs, il était du 1/50 ou du 1/25 (2). On a même trouvé à Zaraï, en Algérie, le tarif de la station du *portorium* local qui, par une exception, unique jusqu'ici, était fixé, non pas *ad valorem*, mais par tête de bétail ou par objet (3). Mais ce n'est probablement qu'un cas particulier ; ce qui était la règle presque

1. FF 203, *De verborum significatione*, L. 16.

2. Cagnat, *Op. cit.*, p. 14. Duruy, *Histoire des Romains*, III, p. 178. note 1. C'est pour cela que nous ne parlons pas de l'opinion émise par M. Humbert dans un mémoire présenté en 1867 à l'Académie de législation de Toulouse. M. Humbert essaye de soutenir que le taux du 1/8 était le taux général du *portorium* dès le début de l'Empire.

3. Cagnat, *Op. cit.*

absolue c'était l'impôt *ad valorem*, dont le taux variait d'ordinaire suivant les provinces du 1/20 au 1/50. Dès lors comment se fait-il que les textes du Code, nous parlant d'un impôt qui est certainement le *portorium*, le désignent sous le nom d'*octava*, impôt du 1/8?

M. Naudet a proposé de cette difficulté une explication très vraisemblable. Le quarantième, dit-il, était le taux ordinaire du *portorium*, et frappait la grande majorité des marchandises, l'impôt du 1/8 était un impôt somptuaire qui ne frappait que les marchandises étrangères, à l'exemple du *portorium* établi par César en Italie (1). Pour justifier cette hypothèse M. Naudet fait tout d'abord remarquer que diverses constitutions du Code qui parlent de l'impôt du 1/8 sont assez anciennes. L'une d'elle est de Septime Sévère, et porte la date de 227; une autre de Valens, Valentinien et Gratien, une troisième de Gratien, Valentinien et Théodose, une quatrième enfin de Léon (2). Or, il est certain que jusqu'à l'époque de Théodose au moins l'impôt du 1/40 a subsisté. Nous en avons pour preuve, outre une inscription du règne de Gordien III relative aux provinces d'Asie, et citée par M. Cagnat, un passage de Symmaque qui parle du « *quadragesimæ portorium*, » Les deux impôts du 1/8 et du 1/40, ont donc dû coexister.

1. Naudet. ***Des changements apportés dans toutes les parties de l'administration romaine sous les règnes de Dioclétien, de Constantin et de leurs successeurs***, p. 189 à 192, note 18.

2. Voici ces constitutions. C. 7. ***De locato et conduct.***, IV, 65, C. 7 et 8 ***de Vectigalibus***, IV, 61, C. 2. ***De Eunuchis***, IV, 42.

De plus, celles des constitutions du Code dont on peut déduire quelque indication sur la nature des marchandises soumises à l'impôt du 1/8, se rapportent exclusivement à des objets de luxe ou d'importation étrangère, ce qui est la même chose au point de vue de l'impôt. C'est d'abord la constitution 8 (*De vectigalibus*) qui exempte des droits les marchandises que les ambassadeurs des nations amies emportent de l'empire; mais y soumet ce qu'ils apportent de leur pays; c'est ensuite la loi 2 au titre « *De Eunuchis* » qui nous montre que les eunuques y étaient soumis; et la loi 1 du même titre nous dit qu'il était défendu de faire eunuque un homme vivant sous la loi romaine. C'est enfin surtout le fragment de Marcien (1) qui énumère avec le plus grand soin et le plus grand détail les productions d'importation étrangère, aromates, parfums etc., et met en tête de son énumération « *species pertinentes ad vectigal.* » Comment douter dès lors que ces marchandises d'importation étrangère ne fussent soumises à un taux de *portorum* spécial, qui était précisément le 1/8, et que ce fut pour résoudre les difficultés qui naissaient de cette distinction entre marchandises exotiques et produits indigènes que Marcien ait rédigé son énumération?

C'est l'opinion qu'a adopté M. Duruy dans son Histoire des Romains « les douanes, dit-il en énumérant les ressources financières de l'empire, qui donnaient pour tous les objets du luxe 1/8 de la valeur, pour le reste 1/40 » (2).

1. Marcien, FF 16-7: *De publicanis et vectigalibus*, XXXIX, 4. Cpr sur le fragment et pour son explication les Pandectes de Pothier et Cagnat, *op. citat.*. p. 110 et 111.

2. VII, p. 377 et 378.

Mais à l'hypothèse de M. Naudet on a fait plusieurs objections M. J. Marquardt et M. Cagnat n'admettent pas cette coexistence de l'impôt du 1/40 et de l'impôt du 1/8. Ils soutiennent que le 1/8 a été à la fin de l'empire le taux unique pour toutes les marchandises, objets de nécessité comme objets de luxe, et ils expliquent ce taux élevé par les besoins d'argent toujours croissants du Bas-Empire. Le changement aurait eu lieu selon eux de Théodose à Justinien. Quant aux constitutions d'Alexandre Sévère, de Théodose et de Léon, ils les repoussent comme interpolées par les compilateurs de Tribonien, qui à l'ancienne expression « *quadregesima* » auraient substitué le mot « *octava* », pour les mettre en harmonie avec le système financier de Justinien.

Ils s'appuient d'abord sur une constitution des empereurs Valens et Valentinien insérés au même titre du Code « *de vectigalibus* ,» et qui assujettit au paiement au huitième tout homme et de toute classe, qui fait le commerce « *omne hominum genus quod commerciis voluerit interesse* (1) » ; ils s'appuient surtout sur ce qu'aucun texte ni du Digeste ni du Code Théodosien ne mentionne l'*octava*. Comment, disent-ils, ne trouverait-on trace nulle part d'un impôt si ancien (2) ? Il reste seulement alors à expliquer le fragment de Marcien, M. Cagnat répond que cette énumération ne visait que le *portorium* d'Italie où, depuis César, les produits exotiques seuls étaient imposés mais il ne dit pas pourquoi les rédacteurs du Digeste ont

1. C. 7. *De vectigalibus*, IV, 61.
2. Cagnat, *op. citat.*, p. 41.

maintenu le fragment de Marcien, surtout avec le titre si général qui le précède « *species ad vectigal pertinentes* » liste des objets soumis à l'impôt.

La question est donc très délicate à résoudre ; mais, quelque solution que l'on adopte, un fait reste certain. C'est la permanence jusqu'à la fin de l'empire romain, soit pour tout l'empire, soit pour l'Italie seulement, de l'impôt somptuaire établi parCésar sur les marchandises étrangères.

III. — Ainsi donc, en résumé, de tant de mesures diverses, par lesquelles la législation romaine s'est efforcée de réprimer le luxe et de maintenir les mœurs, il ne reste plus rien à l'époque de Justinien ; toutes les barrières qu'avait élevées la vieille austérité romaine sont tombées l'une après l'autre. La tutelle sévère de la famille et le contrôle rigoureux par la société toute entière des actes et de la vie privée des citoyens, première digue opposée au luxe et aux dépenses, ont disparu depuis longtemps. La puissance paternelle la « *patria potestas,* » déjà bien ébranlée par l'institution des pécules et des biens adventices, n'existera plus bientôt que de nom, et la novelle 118 en faisant de la parenté par le sang la seule base de la vocation successorale achèvera de ruiner la famille romaine primitive. Quant à la tutelle perpétuelle des femmes, il y a longtemps qu'elle est tombée en désuétude ; le législateur lui-même la traite de préjugé ridicule et suranné.

Les lois somptuaires... il n'y en a plus. Les empereurs y ont renoncé définitivement depuis Aurélien et Tacite : une expérience de quatre siècles en avait trop bien mon-

tré l'inutilité. Les impôts somptuaires, celui du *portorium* tout au moins, subsistent, il est vrai ; mais noyés dans l'écrasante fiscalité du bas-empire, ils ont perdu depuis longtemps leur but moral ; ce ne sont plus que de simples impôts de consommations.

Enfin la dernière barrière que le vieil esprit romain a tenté d'opposer au luxe, l'autorité de l'exemple du prince, la simplicité du train de vie impériale, est tombée à jamais depuis le jour où l'empire s'étant fait décidément oriental, le luxe est devenu un des principes du gouvernement. Le prince est le plus fastueux des habitants de son empire et lorsqu'il défend certaines parures ou certains vêtements, c'est, nous l'avons vu, qu'il veut s'en réserver le privilège.

Rien ne reste donc debout de tout ce système compliqué, échafaudé avec tant de peine depuis Caton l'Ancien. Organisation politique, édits des censeurs, des édiles ou des princes, impôts ou lois somptuaires tout a disparu condamné par son impuissance. L'impuissance des lois à corriger les mœurs et à réprimer le luxe, voilà la conclusion de notre étude.

ECONOMIE POLITIQUE

DE
L'INFUENCE DU LUXE SUR LA RÉPARTITION
DES RICHESSES

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITIONS ET MÉTHODE.

« Un sujet tout neuf... Le luxe » ! dit un personnage grotesque de Sardou (1).

Quoi de plus banal en effet que de venir aujourd'hui parler du luxe, et comment prétendre, dans un sujet tant de fois traité depuis Caton l'ancien, et Sénèque, apporter quelque idée nouvelle ? Mais si le nouveau est impossible, tout ayant été dit sur le luxe, ses adversaires et ses défenseurs ayant épuisé depuis longtemps satires et panégyriques, n'y a-t-il pas place encore pour

1. *Nos bons villageois*, acte II, scène 4.



une étude intéressante ? On peut, en effet, de toutes ces discussions, se demander ce qui reste, et essayer de dresser l'inventaire de tout ce qu'on a écrit ou déclamé sur cette question si banale du luxe ; on peut réunir et classer toutes ces affirmations en apparence si diverses, et qu'on répète depuis si longtemps, et les rapprocher en essayant de les compléter et de les éclaircir les unes par les autres ; on peut en un mot résumer ce que écrivains, philosophes ou économistes ont dit du luxe, et essayer enfin de conclure.

C'est la tâche que nous tentons d'entreprendre; non pas que nous ayons l'ambition de faire la théorie complète du luxe , notre dessein est plus modeste. Nous voulons seulement éclaircir s'il nous est possible un point spécial de cette théorie en recherchant l'influence du luxe sur la répartition des richesses. Si nous ne faisons œuvre originale, nous pourrons peut-être faire œuvre utile.

I. — Et tout d'abord qu'est-ce que le luxe ?

On l'a défini de bien des façons différentes, et le désaccord des conclusions, n'a été bien souvent que la conséquence du désaccord des définitions, il importe donc avant tout de se fixer là-dessus.

Beaucoup d'économistes, préoccupés peut-être à l'excès du côté moral de la question, et soucieux avant tout de flétrir et de condamner le luxe, ne l'ont caractérisé que par ses excès. Leur définition est une déclaration de guerre. C'est ainsi que M. de Kératry nomme luxe « ce qui crée des besoins mensongers, exagère les besoins vrais, les détourne de leur but, établit une concurrence de prodigalité entre les citoyens, offre aux sens des satisfactions

d'amour propre qui enflent le cœur, mais ne le nourrissent pas, et présente aux autres le tableau d'un bonheur auquel ils ne pourront atteindre. » M. E. de Laveleye, qui rapporte cette définition en l'approuvant, ajoute « La définition du luxe que je crois la meilleure contient en elle la condamnation du luxe (1) ». « On doit appeler dépenses de luxe, les dépenses immorales, dit M. Joseph Droz ; si un ouvrier heureux dans ses travaux se permet en famille une petite fête de campagne, je l'approuve, mais s'il va boire son argent au cabaret, il fait une dépense de luxe. Qu'un homme riche donne à sa femme un châle de trois mille francs, cette dépense proportionnée à sa fortune n'a rien de déraisonnable ; s'il achète le châle pour sa maîtresse, c'est une dépense de luxe (2). »

Nous écartons tout d'abord ces définitions, trop exclusivement morales pour servir de fondement à une étude économique. Ne craint-on pas en caractérisant ainsi le luxe par ses abus, de laisser une bonne partie du luxe véritable en dehors de la définition, et de l'étude dont elle doit être la base? N'existe-t-il pas un certain luxe dont l'immoralité est moins frappante, qui ne présente pas les caractères d'abus manifeste relevés par M. de Kératry et par Droz, et dont les conséquences économiques mériteraient cependant d'être étudiées?

1. E. de Laveleye. *Le luxe*. Bibliothèque Gillon. Verviers, 1887, cet ouvrage est la reproduction d'un article paru dans la *Revue des deux Mondes* (livraison du 1er mai 1880) sous ce titre « *Les Apologistes du luxe et ses détracteurs, à propos d'un livre récent*, « Le livre récent c'était l'histoire du luxe de M. H. Baudrillart.

2. *Economie politique*, livre IV, chap. I. p. 283.

Le mot luxe a dans notre langue un sens plus compréhensif et plus large; l'immoralité des dépenses n'en est pas un caractère nécessaire. A côté du luxe immoral ou pernicieux, il y a un luxe honnête et en apparence au moins inoffensif; cette distinction du luxe moral et immoral, pernicieux et inoffensif s'impose tellement, qu'une école moderne en a fait le fondement de toute sa théorie des effets du luxe, nous le verrons bientôt.

Nous adresserons le même reproche à la définition de M. Ch Périn, « Le seul caractère général qu'en puisse reconnaître au luxe, dit-il, c'est qu'il consiste en des dépenses qui ne sont point en proportion avec les ressources de celui qui les fait. (1) » Est-ce bien là un caractère nécessaire du luxe, et le luxe consiste-t-il vraiment à dépenser au-delà de ses ressources? Il semble bien que non. Un bijou reste objet de luxe, qu'il soit acheté par un prodigue qui mange son capital, ou par un riche qui ne dépense que son revenu. Le caractère est dans l'objet que l'on achète, et non dans le mobile qui fait qu'on l'achète.

M. Baudrillart relève très bien cette erreur. « On a reproché avec raison, dit-il, à certains économistes de trop confondre le luxe avec la prodigalité. Ils ont eu raison assurément de voir dans toute prodigalité un luxe abusif, mais tout luxe n'est pas nécessairement prodigue; un objet peut n'être ni coûteux ni rare, et être un luxe, s'il participe de la nature du superflu, tel un miroir, un vase, un éventail, etc. même à bon marché. Toutes ces nuan-

1. *De la richesse dans les Sociétés chrétiennes*, 3e édition Paris 1882, Tome III, page 116

ces veulent être observées; nous définissons néanmoins le luxe plutôt par le superflu que par la rareté qui y ajoute (1). »

Mais si M. Baudrillart a raison de distinguer le luxe de la prodigalité, la définition qu'il propose à son tour est-elle à l'abri de toute critique ? Peut-on caractériser le luxe par le superflu ; tout superflu est-il luxe ? N'est-ce pas choquer l'usage de la langue que d'appliquer ce mot à des objets de prix modique et de valeur minime? Si l'on parle parfois du luxe des pauvres ce n'est guère que par métaphore. Il semble bien que le luxe éveille d'autres idées que le superflu ; c'est un superflu sans doute, mais d'une certaine nature et présentant certains caractères. « Luxe : magnificence dans le vêtement, dans la table, dans l'ameublement ; abondance de choses somptueuses, » dit le dictionnaire de Littré (2) et il ajoute « synonymes : luxe et somptuosité. Ces deux termes sont très voisins, car on dirait également la somptuosité des habits, de la table, et le luxe des habits, de la table : la nuance est en ce que la somptuosité exprime la qualité contenue des choses, et luxe le goût pour les choses somptueuses. » Ainsi à cette notion du superflu viennent s'ajouter d'autres idées, la magnificence, un je ne sais quoi de recherché et de raffiné, qui distingue le luxe de la simple dépense, et en même temps un certain cachet de beauté, d'élégance ou de richesse, qui communique aux objets de luxe un caractère particulier de grande valeur et de rareté.

1. H. Baudrillart, *Histoire du Luxe*, tome I, livre I, chap. 4.
2. V° *Luxe*.

C'est ce que fait très bien remarquer J. B. Say. « On peut dire en général que le luxe est l'usage des choses chères. Le mot luxe en français réveille en même temps plutôt l'idée de l'ostentation que celle de la sensualité; le luxe des habits ne veut pas dire que les habits sont plus commodes pour ceux qui les portent, mais qu'ils sont faits pour frapper les yeux de ceux qui les regardent. Le luxe de la table rappelle plutôt la somptuosité d'un grand repas que les mets délicats d'un épicurien. (1) » « Le luxe, disait récemment M. P. Leroy Beaulieu à l'Académie des Sciences morales et politiques (2), consiste dans cette partie du superflu qui dépasse ce que la généralité des habitants d'un pays considère comme essentiel, non seulement aux besoins de l'existence, mais aussi à l'agrément et à la décence de la vie. »

C'est donc en définitive la définition de J. B. Say, le luxe est l'usage des choses chères, qui semble résumer le mieux les diverses idées qu'éveille le mot luxe : c'est l'usage des choses chères c'est-à-dire de choses qui ne sont accessibles qu'à une portion restreinte des membres de la Société. De là il suit que, le haut prix de ces choses et la rareté, qui en est la conséquence, en faisant le privilège d'une classe, la foule y atttache naturellement une certaine idée de grandeur et de magnificence. Le luxe sera ce qui dépasse la moyenne de la vie aisée; ce sera quelque chose qui se surajoutera à la satisfaction des besoins, ou à la simple jouissance, pour leur communi-

1. *Traité d'économie politique*, liv. III, chap. 5.
2. Séance du 6 août. 1887.

quer un certain caractère de recherche et de raffinement.

II. — Le luxe est essentiellement un raffinement. Il prend certains produits de l'industrie humaine, et il leur ajoute un supplément de richesse ou de travail, les marque d'un je ne sais quoi de fini, d'achevé, qui les distingue de la foule des objets similaires.

L'origine première du luxe, c'est le sentiment du beau; c'est cette recherche de l'harmonie des formes ou de la convenance des couleurs, qui semble innée à l'esprit humain. On la voit se manifester, presque avec l'expansion brutale d'un instinct, chez les plus déshéritées des races sauvages. Au milieu des périls d'une vie mal assurée, et des besoins pressants de la lutte quotidienne pour l'existence, l'instinct de l'ornementation impose des besoins non moins pressants et non moins obéis; car le luxe va souvent sans le nécessaire. Les sauvages prennent souci d'avoir des armes peintes ou ouvragées; ils aiment à se parer de coquilles ou de verroteries. N'y a-t-il pas là une des premières manifestations du luxe; comme dans ces haches de silex, sur lesquelles nos ancêtres des temps préhistoriques traçaient ces grossières représentations des animaux familiers à leur vue ?

C'est le sentiment du beau qui fait le luxe. Au fond de tout luxe véritable, si dépravé, si dégradé qu'il soit, ce sentiment se retrouve, et, à y regarder de près, il se manifeste jusque dans ces excès des modes les plus bizarres, et d'où toute notion d'esthétique semble disparue. C'est que lorsque le type de la beauté véritable est

oublié, l'inquiétude s'empare des esprits; on change toujours parce que l'on n'est jamais satisfait. La mode ne règne véritablement que là ou l'idée du beau s'est perdue; et peut-être est-ce pour cette raison qu'elle gouverne si capricieusement nos costumes modernes.

Mais si l'amour du beau est à l'origine du luxe, il n'est pas tout le luxe, bien s'en faut, et d'autres passions viennent se mélanger à ce sentiment primitif. L'amour du beau en effet est essentiellement désintéressé. Les jouissances de l'art sont absolument pures de tout désir et de toute cupidité; la cupidité attire les choses à elle, le beau attire tout à soi. Il ne se désire pas, il s'admire.

Le luxe au contraire est profondément égoïste et cupide; pour jouir, il veut posséder. C'est qu'à l'amour du beau s'est mélangé un des sentiments les plus puissants de la nature humaine, l'amour de son être propre, source de tout désir et de toute cupidité. De l'amour de soi naît le désir des choses extérieures, qu'on veut s'approprier et s'unir, pour augmenter la puissance ou le bonheur de son propre être. « Cet homme croit s'agrandir, dit Bossuet, avec son équipage qu'il augmente, avec ses appartements qu'il rehausse, avec son domaine qu'il étend; cette femme ambitieuse et vaine croit valoir beaucoup, quand elle s'est chargée d'or et de pierreries, et de mille autres vains ornements. Pour la parer toute la nature s'épuise, tous les arts suent, toute l'industrie se consume (1). »

1. Sermon pour la profession de Mme de la Vallière.

L'amour du beau a perdu son désintéressement primitif : on n'admire plus les belles choses, on les désire et on veut les posséder pour s'agrandir. Le luxe est né. Des quatre coins du monde, il ramasse tout ce qui attire ses regards et ses désirs ; aux raffinements les plus délicats, il unit les recherches plus exquises. La délicatesse du travail renchérit sur le précieux de la matière, la rareté ajoute au beau et le curieux à la richesse ; si bien qu'à force de posséder des choses extraordinaires et que la foule désire en vain, on se croit supérieur à la foule. On s'attribue les mérites de son mobilier, de sa galerie ou de sa collection, et parce qu'on a ce que le vulgaire ne peut avoir, on s'estime d'une race différente et d'une nature supérieure.

A ce degré il semble que la cupidité est enfin satisfaite et va se reposer dans la tranquille possession de tant de choses rares ou précieuses. Il n'en est rien ; les passions que le luxe a suscitées ne s'arrêteront plus désormais ; écoutez encore Bossuet : « Il n'y a rien qui soit plus perdu, nous dit-il, que ce que vous employez à contenter un insatiable. Or, telle est votre convoitise ; c'est un gouffre toujours ouvert, et qui ne dit jamais « c'est assez ». Plus vous jetez dedans et plus il se dilate ; tout ce que vous lui donnez ne fait qu'irriter ses désirs (1). »

Jamais la convoitise ne cesse de désirer, ni le luxe de s'accroître. Si bien que de recherches en raffinements, et de raretés en curiosités, il va se perdre enfin dans cet abime de l'inouï et du surhumain où sombra la société

1. Sermon pour le quatrième dimanche de Carême. Sur nos dispositions à l'égard des nécessités de cette vie.

romaine, et que Suétone peint d'un mot : « *Nihil Nero tam efficere concupiscebat quam quod effici posse negaretur.* » L'impossible sera la dernière étape dans la recherche de l'extraordinaire.

Mais c'est là l'extrême du luxe, ou plutôt ce n'est déjà plus le luxe lui-même, mais bien, je ne sais quelle folie qui lui succède parfois, également éloignée du luxe et de la nature; le sain usage de la langue refusera même d'appliquer le mot luxe à ces excès, d'où toute idée d'élégance, ou de beauté a disparu, perdue dans l'extravagant.

Le luxe suppose toujours une certaine recherche de la beauté; mais il n'y atteint pas toujours. La mode, qui s'ajoute au luxe sans se confondre avec lui, vient souvent donner aux choses une beauté de convention, dont la vanité se contente parfois. Mais il est rare que la convention ait tout fait. Même dans les manifestations les plus factices du luxe, les diamants ou les perles par exemple. tout n'est pas de pure imagination. Un diamant est certainement une belle chose, et s'il n'a pas toute la valeur que sa rareté et le désir qu'ont beaucoup de femmes de le posséder et de s'en parer lui ont donnée, il n'en a pas moins une certaine valeur. Il en est de même de ces raffinements, contre lesquels quelques économistes ont si souvent déclamé, différences à peines visibles, nuances imperceptibles aux yeux de la foule, et qui, pour être délicates, n'en sont pas moins réelles. Qu'il faille s'y connaître pour distinguer la vraie dentelle de la fausse, et le diamant du strass, c'est chose certaine ; mais la différence existe, la vraie dentelle est plus fine que l'autre, et le diamant à des feux que le strass ne peut égaler.

Souvent d'ailleurs le luxe rencontre le beau. Les époques de grand luxe, ont été souvent, malgré une grande corruption des mœurs, les périodes brillantes de l'histoire des arts ; la Renaissance en est un exemple éclatant. Les dépenses des classes riches, entretenaient les artistes, et le luxe soutenait l'art, en lui assurant la vie matérielle, C'est même le spectacle de cette alliance du luxe et de l'art, utile autant au luxe qu'elle élève, qu'à l'art dont elle favorise la naissance ou le développement, qui a fait trouver au luxe ses défenseurs les plus convaincus.

Ce sont en effet des périodes brillantes que celles-là, mais rarement bien longues ; bientôt l'équilibre est rompu, le luxe tire à lui, de compagnon l'art devient serviteur, et les artistes se font fabricants. On arrive alors à ces époques d'abaissement où les arts, au service de la vanité ou des jouissances, et dépouillés de tout ce qui faisait leur grandeur, perdent jusqu'à leur nom. Ils deviennent les arts industriels, ou les arts décoratifs ; ils ont cessé depuis longtemps d'être les beaux arts.

Un autre écueil, bien voisin de celui que nous venons de signaler, et où le luxe se peut encore aller perdre, c'est la recherche non plus du beau, ni même du curieux, mais de l'utile ou du commode, du confortable, selon un mot trop à la mode. C'est pour le luxe un péril, car dans ce désir du facile et de l'aisé, dans cette recherche de la satisfaction la plus complète des besoins, qui est le propre du confortable, tout souci du beau disparaît bien vite, et en même temps toute idée véritable de luxe ; c'est ce que dit très bien J. B. Say, dans ces lignes que nous citions tout à l'heure. « Le mot luxe en français réveille

en même temps plutôt l'idée de l'ostentation que celle de la sensualité; le luxe des habits n'indique pas que les habits soient plus commodes pour ceux qui les portent, mais qu'ils sont faits pour frapper les yeux de ceux qui les regardent. Le luxe de la table rappelle plutôt la somptuosité d'un grand repas que les mets délicats d'un épicurien. »

Nous ne confondrons donc pas le luxe avec la passion du confortable, qui prend de nos jours des développements si inquiétants; à plus forte raison, nous le distinguerons avec soin de la sensualité. Le luxe et la sensualité peuvent se rencontrer chez les individus ou chez les peuples, car entre toutes les passions il y a une affinité secrète, qui fait qu'elles s'appellent et s'attirent l'une l'autre; mais ils n'en restent pas moins profondément différents. La sensualité c'est la bride lâchée aux passions du corps; le luxe est essentiellement affaire de vanité, c'est une perversion de l'esprit; et, tout mis en balance, il peut être encore le remède pour les sociétés qui versent dans l'abîme des passions sensuelles.

Nous nous séparons donc sur ce point de M. Baudrillart, qui, dans le premier livre de son histoire du luxe, a traité avec détails toutes ces questions, et dont nous n'avions guère fait jusqu'à présent que résumer les théories. Parmi les sentiments, ou les passions d'où naît, le luxe, nous ne rangerons pas la sensualité. Elle nous paraît, tout au contraire, un des écueils où il peut se perdre.

III. — Cet exposé rapide des origines du luxe confirme la définition de J. B. Say. « Le luxe est l'usage des cho-

ses chères. » Ces choses sont chères parce qu'elles sont belles ; et parce qu'elles sont chères, c'est-à-dire inaccessibles à la plupart des hommes ; l'imagination de la foule y attache une idée de supériorité et de grandeur. Elle envie ceux qui les possèdent, et ceux-ci s'enorgueillissent de les posséder.

Mais dans un état social donné quelles sont ces choses chères, ces choses, qui, suivant l'expression de M. Leroy Beaulieu « dépassent ce que la généralité des habitants d'un pays considère comme essentiel, non seulement aux besoins de l'existence ; mais aussi à l'agrément et à la décence de la vie ? »

Il est impossible, il faut l'avouer, d'en dresser une liste absolument précise. Le luxe varie d'un jour à l'autre, et la limite en est toujours un peu flottante ; c'est qu'il s'agit d'une notion essentiellement relative, et c'est pour cela que, suivant la remarque de J. B. Say lui-même, « le mot cher, dont le sens est relatif, convient assez bien dans la définition d'un mot, dont le sens est relatif aussi (1). »

Ce qui était cher il y a cent ans, est aujourd'hui à la disposition des plus pauvres ; ce qui était luxe au moyen âge, comme l'usage des fourchettes ou des chemises, semble à présent de première nécessité. Le luxe déplace à chaque instant ses bornes, tous les jours il cède quelque parcelle de son domaine au flot montant de la civilisation, tous les jours il recule devant les progrès de la richesse et du bien-être.

(1). *Traité d'Economie politique*, III, 5.

La notion du luxe est donc toute relative ; et ce qui ajoute encore à son indétermination, c'est que le luxe n'agit que comme tendance, son action n'est jamais que progressive. Les doctrines sont absolues, les théories suppriment ou créent le luxe. En réalité, le luxe existe, et existera toujours ; et, s'il grandit ou décroît selon les époques, sa marche est continue et ses progrès insaisissables.

Mais si relatif qu'il soit, le luxe présente, on vient de le voir, un ensemble de caractères généraux assez précis pour permettre de le définir. Et cela suffit pour qu'une étude économique du luxe soit possible.

Prenons un exemple ou deux. Le luxe est ce qui dépasse la moyenne de la vie ordinaire ; c'est même par là que M. Leroy-Baulieu le définit. Son effet est donc de créer des besoins nouveaux, qui, une fois les besoins ordinaires de la vie satisfaits, demandent à leur tour satisfaction, et par conséquent d'employer à la satisfaction de besoins qui somme toute, paraissent de pur superflu, puisque la grande masse des membres d'une société humaine ne les connaît point, et s'en passe fort bien, une certaine portion du travail humain ; par là il détourne ce travail d'autres emplois plus utiles.

C'est là un premier effet du luxe ; un second, non moins incontestable, se déduit du même point de vue. Le luxe en augmentant les besoins de la classe riche, par la création de besoins factices que la seule nature n'enseigne point, fait que cette classe demandera plus de travail, ayant plus de besoins à sastifaire, et ne produisant par elle-même ce superflu, qui lui est devenu nécessaire.

Il augmente donc la somme de travail qui sera rémunéré, et peut avoir sur le sort de la classe ouvrière une influence considérable. Pour la déterminer exactement nous aurons plus tard à nous préoccuper de divers ordres de considérations, et notamment à examiner si l'augmentation de la demande du travail est réelle, et si d'autres faits économiques, comme l'épargne, ne peuvent donner aux classes ouvrières une rénumération égale; mais ce qui est certain, et ce qui s'impose, c'est la direction, c'est l'emploi donné par le luxe à une partie du revenu des riches.

De même, s'il est difficile d'énumérer tous les objets de luxe, il y a des choses qui sont certainement objets de luxe, et il y a des ateliers ou des manufactures qui produisent ces objets de luxe, et qui emploient un nombre considérable d'ouvriers; bijoutiers, carrossiers, tapissiers, couturières, etc. etc. Si l'on recherchait le taux et les variations de leurs salaires, la moyenne des chômages ou des crises, si l'on pénétrait dans leurs logements, pour se rendre compte de leur manière de vivre, de leur instruction, de leur moralité même, et si l'on comparait les résultats de cette enquête à ce qu'on sait de la condition des ouvriers des autres industries, n'aurait-on pas là un ensemble de faits dont la cause serait précisément le luxe?

En résumé le luxe se prête à une étude scientifique. Sans doute la notion du luxe est relative, mais quelle est, dans les sciences morales, celle qui peut partir de définitions absolument précises et de principes d'une exactitude mathématique; et conteste-t-on pour cela la valeur de leurs conclusions? Nous pouvons donc aborder sans crainte

l'étude du luxe, et en rechercher les conséquences économiques.

IV. — Nous laisserons de côté dans cette étude toutes les considérations d'esthétique ou de morale.

Tout a été dit de ce côté, depuis longtemps, et d'une façon définitive. Et puis tout cela n'a exercé souvent que trop d'influence sur les théories économiques. La morale réprouve le luxe, et la morale chrétienne, qui est somme toute le fondement de la morale moderne, plus que toute autre. Les économistes ont trop souvent pris cette condamnation de la morale comme point de départ de leurs recherches sur le luxe; c'était un résultat acquis d'avance, et qu'il s'agissait seulement de justifier. Rien de plus dangereux que de telles préoccuppations dans une étude scientifique. On y a été souvent poussé par une façon de concevoir le but et la mission de l'économie politique, admise assez généralement il y a un certain nombre d'années, très contestée maintenant, et que nous croyons tout à fait fausse.

On a considéré tout d'abord l'économie politique comme un art, en même temps qu'une science; on a cru qu'elle devait, sur toutes les choses dont elle s'occupe, donner, non des lumières, mais des conseils, et des préceptes, qu'elle n'avait pas d'études à faire, mais des questions à trancher. La science économique devient, dans cette théorie, la grande éducatrice des législateurs, et des peuples; c'est elle qui sur toutes les questions sociales prononce définitivement.

Mais les questions sociales sont de leur nature fort complexes, et elles empruntent à des considérations d'or-

dres très divers les éléments de leur solution ; de sorte qu'il arrive nécessairement de deux choses l'une : ou l'économiste décide à l'aveugle, et résout sur des données incomplètes des problèmes, dont il ne soupçonne même pas la difficulté ; ou, moins hardi et mieux éclairé, il envahit le domaine de toutes les sciences voisines ; il les traite souvent sans la compétence et les études préparatoires, qui seraient nécessaires, et toujours à un point de vue faux parce qu'il est borné, et parce que ce qui est le principal dans la question n'y intervient qu'à titre secondaire ; c'est ainsi que, politique, morale, histoire, philosophie, religion même, s'entassent pêle mêle dans des compilations, qui n'ont plus de l'économie politique que le nom.

C'est cette conception fausse qui a souvent fait demander à l'économie politique seule la solution définitive de la question du luxe qui relève de bien d'autres sciences, et où l'influence des idées économiques ne doit être que secondaire. L'économie politique n'a pas à dire si d'une façon générale le luxe est bon, ou mauvais pour les sociétés, s'il faut l'encourager, ou le proscrire ; elle doit seulement étudier l'action du luxe sur la richesse, sur sa production, sa circulation et sa répartition. Elle doit donner des éléments de la solution définitive, mais elle n'a pas à donner cette solution (1).

Un autre préjugé non moins fâcheux, c'est la supposition d'un accord nécessaire, et comme d'une harmonie

1. Cpr. ce que disait récemment M. de Courcelle Seneuil à l'Académie des Sciences morales et politiques. Séance du 2 juillet 1887.

préétablie, entre les lois économiques et les lois morales (1).

En réalité rien de plus faux que cette idée, qui est très généralement répandue, et à l'appui de laquelle on n'a jamais apporté un argument sérieux, ni une observation concluante. Car le livre de M. Baudrillart (2), que quelques écrivains, trompés sans doute par le titre, ont cité parfois en ce sens, s'occupe d'une question toute différente. Il énumère tous les points de contact des deux sciences, il explore leur domaine commun, la partie contestable et contestée de leurs frontières ; il montre l'aide réciproque qu'elles se peuvent donner, et les lumières, dont elles s'éclairent l'une l'autre, mais l'auteur n'essaye pas un instant de démontrer cette thèse de la concordance nécessaire des solutions.

Et d'ailleurs *a priori* quoi de plus étrange que cette harmonie constante entre deux sciences, dont le but et le point de départ sont si différents, entre la science de l'utile et celle du bien ? Que sont-elles l'une et l'autre, sinon le développement de ces deux principes dont la lutte forme l'essence et le mystère de la vie humaine ? Il est de mode aujourd'hui de comparer les sociétés aux individus, et d'appliquer à l'organisme social les lois qui régissent l'organisme individuel ; si une telle assimilation contient quelque part de vérité, pourquoi les sociétés échapperaient-elles à ce perpétuel conflit des deux natures, à cet incessant combat de l'intérêt et du devoir, dont

1. Cpr. Droz. *Econom. politique,* livre IV, chap. 1, et ch. 4.
2. *Rapports de la morale et de l'Economie politique.*

l'homme ne se peut jamais retirer ; pourquoi l'être collectif ne connaîtrait-il que des harmonies, et l'être individuel que des luttes ; et pourquoi enfin les sociétés ne verraient-elles jamais s'ouvrir devant elles ce double chemin dont parle le poète.

Mais tout dément cette théorie, histoire, philosophie, religion, tout ce que l'homme sait, et tout ce qu'il croit est là pour lui rappeler les contradictions et les faiblesses inhérentes à sa nature, et pour lui crier à chaque instant que, quoiqu'il fasse, société ni individu n'échapperont jamais à cette loi éternelle de l'humanité ; tout contredit cette prétendue loi d'un accord nécessaire, tout la dément ; et rien n'expliquerait le crédit qu'elle a rencontré et qu'elle rencontre encore chez beaucoup de bons esprits, si deux causes n'y avaient contribué, que ceux-là qui en subissaient le plus directement l'influence ne distinguaient souvent pas eux-mêmes. La première est une fausse conception de la morale, legs facheux du sensualisme du XVIII[e] siècle, dont les économistes ont sur trop de points gardé fidèlement la tradition. Si la morale n'est que la science de l'utile, il est bien certain qu'elle ne doit jamais contredire l'économie politique qui est, elle aussi, la science de l'utile ; seulement il y a à cela une cause bien plus simple que cette harmonie mystérieuse, c'est que les deux sciences n'en font plus qu'une.

La deuxième raison est une sorte d'hostilité, souvent inconsciente d'ailleurs de certains économistes de l'école dite classique (1), contre les dogmes de l'Eglise catholique.

1. Fr. Bastiat, par exemple, qui par ses *harmonies économiques* est l'auteur véritable de la théorie que nous combattons.

Or, le catholicisme, par le dogme du péché originel et de la chûte, donne l'explication de ces contradictions et de ces luttes, comme en donne le remède par le dogme de la rédemption. Nier la contradiction, c'était rendre les dogmes inutiles et la religion sans objet, et c'est souvent pourquoi on l'a niée.

Instruits par ces exemples, nous éviterons ces deux écueils. L'économie politique est la science de la richesse et de ses lois, nous lui demanderons quelle est l'influence du luxe sur les richesses et sur ses lois, quels sont les effets du luxe sur les intérêts matériels des sociétés. Dans cette recherche nous laisserons de côté toute considération de morale, et nous accepterons pour vraie la solution qui nous paraîtra telle, qu'elle concorde ou non avec les lois de la morale.

Eclairés alors sur le rôle du luxe dans la vie économique des sociétés, nous chercherons dans d'autres sphères la solution définitive de la question sociale du luxe; ce sera peut-être alors l'heure d'écouter la voix de la morale.

CHAPITRE II

LA QUESTION ÉCONOMIQUE DU LUXE

I. — Parmi les questions que le luxe soulève il en est une qui naît du spectacle même du luxe. Le luxe consiste essentiellement dans l'usage par une classe privilégiée, de choses chères, c'est-à-dire inaccessibles à la masse des membres de la société. C'est la consommation, l'emploi en satisfactions, en jouissances, par la classe riche, (car le luxe suppose nécessairement des riches et des pauvres), d'une portion très considérable des produits du travail humain ; et cela alors que cette classe qui prend dans le résultat de la production cette part considérable ; est celle qui y contribue le moins directement. Les riches consomment ce qu'ils n'ont pas produit et les pauvres produisent ce qu'ils ne consomment pas. L'usage de ces fruits du travail de la classe ouvrière constitue le privilège d'un petit nombre d'élus, et c'est même parce que ces choses sont le partage d'un nombre restreint qu'elles sont objets du luxe.

Nous avons vu tout cela, mais ce qu'il faut bien remarquer, c'est que le luxe crée un contraste permanent entre la vie et ces jouissances de deux fractions de la société ; unies par la communauté d'origine, de race et d'institutions politiques, ces deux classes vivent cependant profondément séparées; entre elles rien de com-

mun ; satisfactions, jouissances, plaisirs, idéal ou bonheur, tout est différent ; et pourtant elles se touchent, elles se coloyent tous les jours. Ce sont deux peuples distincts, qu'un caprice du hasard a rapprochés ; mais entre ces concitoyens de la même patrie, de la même ville, aucune ressemblance, aucun lien !

Et ce ne sont pas là seulement conceptions théoriques ; ce sont les faits de tous les jours ; c'est le spectacle que le luxe étale quotidiennement devant nos yeux, et qui frappe les moins observateurs et les plus indifférents.

Ce contraste saisissant, qui a inspiré bien des pages au moraliste ou au philosophe, doit susciter aussi les réflexions de l'économiste. Entre ces deux classes que tout distingue, on peut se demander en effet s'il n'y a pas au moins un lien économique. Le travail de l'une s'emploie à satisfaire les vanités de l'autre ; c'est là peut-être leur seul point de contact. On peut en rechercher la cause et les effets. Le luxe des riches paie le travail des pauvres ; il les fait vivre. Y a-t-il là un mode nécessaire d'entretien des classes ouvrières. Au fond des choses que se passe-t-il en réalité ? Cet échange, quelles lois le règlent ? quel profit en tirent les pauvres ; et somme toute, le luxe des riches est-il nécessaire à leur existence ; ne leur serait-il pas au contraire funeste ? Les ouvriers, qui vivent du gaspillage et de la prodigalité des riches, profitent de leurs dépenses ; mais l'Etat souffre de cette prodigalité, la perte qui les atteint comme membres de l'état ne compense-t-elle pas tout le profit qu'ils retirent comme particuliers.

Il y a là tout un ordre de questions qui se ramènent

toutes à cette idée commune, l'influence du luxe sur la condition des ouvriers. C'est une recherche de cet ordre que nous essayons d'entreprendre. Et si nous avons pris pour but l'étude de l'influence du luxe sur la répartition c'est parce que pour les classes pauvres, qui n'ont que leur travail pour vivre, la part que les lois économiques leur attribuent, dans le fonds produit, et partagé entre les coopérateurs de la production, constitue leur seule ressource. C'est leur contingent dans la répartition qui fixe leur condition.

II. — Sur cette question, l'influence du luxe sur le sort des pauvres, il y a une théorie très répandue et qui, jusqu'à la naisssance de la science économique, a régné à peu près sans partage. C'est encore aujourd'hui l'opinion des gens qui ne se piquent pas de connaissances scientifiques, et qui, prenant les phénomènes par leur côté extérieur, répètent sans hésiter l'axiome courant que « le luxe fait aller le commerce, » de ceux qui diraient volontiers avec La Fontaine.

« La république a bien affaire »
« Des gens qui ne dépensent rien »
« Je ne sais d'homme nécessaire »
« Que celui dont le luxe épand beaucoup de bien (1). »

Ceux-là estiment, comme Montesquieu, que « si les riches ne dépensent pas beaucoup, les pauvres mourront de faim (2) ». Enfin ils applaudiraient volontiers aux vers de Voltaire.

1. Avantages de la science.

2. *Esprit des lois*, livre VII, chap. 4. Il est vrai que d'autres passages de l'*Esprit des lois* semblent démentir ce que Montes-

« Sachez surtout que le luxe enrichit,
« Un grand état, s'il en perd un petit.
« Le riche est né, pour beaucoup dépenser (1). »

Il est vrai que même au XVIIIe siècle, les vers de Voltaire n'allaient pas sans discussion. La défense du mondain, ou l'apologie du luxe (2), avait soulevé une polémique des plus violentes. Si les uns l'approuvaient, comme M. de Melon (3), elle rencontrait d'un autre côté des critiques très vives. Et l'auteur était même obligé d'aller voyager en Hollande, pour laisser s'apaiser le bruit des polémiques, et s'éteindre l'ardeur de la controverse. Il est vrai que l'économie politique n'avait pas été seule coupable de l'exil de Voltaire, dû suivant les uns à quelques plaisanteries trop libres sur Adam et le paradis terrestre, et suivant une autre opinion plus probable, à un tableau trop flatteur du gouvernement de Colbert. Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'éloge du passé, sert à voiler la critique du présent, et le cardinal de Fleury avait pris ombrage des compliments adressés au ministre de Louis XIV.

quieu dit ici des Etats monarchiques, par exemple le ch. 7 du même livre 7. Mais ce que Montesquieu dit dans ce chapitre est présenté comme la conséquence des conditions particulières à la Chine.

1. Défense du mondain. Cp. La fable des abeilles de Mandeville, publiée à Londres en 1723, traduite en français en 1740.

2. 1737.

3. Lettre à Madame la comtesse de Verrue par M. de Melon, ci-devant secrétaire du régent du royaume, *sur l'apologie du luxe*, 1736. Cet ouvrage parle d'un volume de Voltaire sur le même sujet « le Mondain » paru en 1736.

Enfin déjà à cette époque, et du sein de la philosophie du XVIIIe siècle, se dressaient contre la théorie de la nécessité sociale du luxe, des contradictions, non moins passionnées, et plus éclairées : tout le monde connaît la superbe tirade de Rousseau. « Le luxe achève bientôt le mal que les sociétés ont commencé, et sous prétexte de faire vivre les pauvres, qu'il n'eût pas fallu faire, il appauvrit tout le reste et dépeuple l'État tôt ou tard. Le luxe est un remède beaucoup pire que le mal qu'il prétend guérir, ou plutôt il est lui-même le pire de tous les maux dans quelque état, grand ou petit, que ce puisse être, et qui pour nourrir des foules de valets et de misérables qu'il a faits, accable et ruine le laboureur et le citoyen ; semblable à ces vents brûlants du midi qui, couvrant l'herbe et la verdure d'insectes dévorants, ôtent la subsistance aux animaux utiles et portent la disette et la mort dans tous les lieux où ils se font sentir (1). »

III. — On sent déjà dans cette déclamation toute la théorie des économistes en germe. Bientôt en effet (2), Adam Smith allait publier ses célèbres « Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, » et l'économie politique allait s'emparer dès ses débuts de cette question du luxe, que le XVIIIe siècle avait mise à la mode.

Eclairée des principes de la science nouvelle, la question prenait un aspect tout différent. Le rôle traditionnel du luxe était renversé. Le luxe n'était plus une source de

1. Discours sur l'origine de l'inégalité parmi les hommes, question de concours proposée par l'Académie de Dijon, 1753.

2. 1776.

richesse pour les Etats, mais une cause d'affaiblissement et de ruine ; les dépenses des riches ruinaient les pauvres bien loin de les faire vivre ; enfin la science nouvelle faisait de l'économie le seul moyen d'enrichir les nations et d'entretenir les classes ouvrières.

Adam Smith avait prêché l'économie, et jeté les bases de la théorie nouvelle. Bientôt J. B. Say, s'attaquant corps à corps à cette conception si répandue du luxe des riches nécessaire à la vie des pauvres, allait renverser à jamais, il s'en vantait du moins, jusqu'aux fondements de ce préjugé, et établir d'une façon définitive le règne de la théorie de l'épargne. « Les progrès de l'économie politique, dit-il non sans quelque pompe, en faisant connaître les véritables sources de la richesse, feront tomber pour jamais ce prestige ; la vanité pourra se glorifier de ses vaines dépenses, elle sera le mépris du sage à cause de ses conséquences, comme elle l'était déjà par ses motifs (1). »

Et en effet que dit-on, que le luxe donne du travail à ceux qui n'ont que leurs bras pour subsister ; « le luxe fait travailler certaines classes d'ouvriers, l'épargne d'autres classes. (2). »

Au contraire « qui balancera le mal d'une consommation qui n'a pour objet la satisfaction d'aucun besoin réel ; d'une dépense qui n'a pour objet que cette dépense même, d'une destruction de valeurs qui ne se propose d'autre but que cette destruction ? Elle procure, dites-

1. *Cours complet d'Économie politique*, partie I, chap. 14.
2. *Ibidem.*

vous, des bénéfices aux producteurs des objets consommés ? Mais la dépense qui ne se fait pas pour de vaines consommations se fait toujours, etc. » (1).

Et comme conclusion : « Ce que le raisonnement démontre, est confirmé par l'expérience, la misère marche toujours à la suite du luxe. Un riche fastueux emploie en bijoux de prix en repas somptueux, en habits magnifiques, en chiens, en chevaux, en maîtresses, des valeurs, qui placées productivement auraient acheté des vêtements chauds, des mets nourrissants, des meubles commodes, à une foule de gens laborieux, condamnés par lui à demeurer oisifs et méprisables, alors le riche a des boucles d'or et le pauvre n'a pas de chemise (2). »

Et ce n'est pas là une opinion isolée. Toute l'école classique a répété ces paroles, elles constituent tout le fond de la théorie de Stuart Mill (3) sur le luxe et les consommations improductives, comme de l'ouvrage récent de M. de Laveleye, *le luxe*. C'est la théorie de l'école dite rigoriste. Et en effet, quoiqu'en ait dit Say, les lumières de la science nouvelle n'ont pas paru suffisantes à tous, ni ses raisonnements décisifs. La théorie qui condamne absolument le luxe, et le déclare aussi funeste aux intérêts des sociétés que pernicieux pour les individus, a rencontré des contradicteurs. En face de l'école de J. B. Say. s'est formée une école adverse ; cette école, certains rigoristes, défendant la morale avec une ardeur quelque peu surprenante chez les adeptes d'une science, qui n'a été

1. *Traité d'Économie politique* III, 5,
2. *Traité d'Economie polit.* III,5. *cpr.* Bastiat *Sophismes écomiques.*
3. *Dans ses principes d'Eco. polit.*

historiquement que la réaction des intérêts matériels contre les exagérations prétendues de doctrines trop exclusivement morales, l'ont nommée l'école relachée, faisant de ce mot un argument pour terminer la controverse ; en quoi ils paraissent avoir oublié qu'une injure n'est jamais un moyen de discussion.

L'opinion de cette école dite relâchée, qui défend le luxe et soutient la vieille théorie que le luxe fait aller le commerce et fait vivre les pauvres, est encore aujourd'hui l'opinion courante, l'opinion vulgaire. C'est celle des gens du monde, des écrivains, et des hommes d'Etat qui approuveraient encore aujourd'hui les paroles de Fox, jugeant en 1794 les conséquences économiques de la Révolution : « C'est une erreur de la France, disait-il, d'avoir pensé que d'enlever aux riches leur argent n'est pas nuire à la classe pauvre ; c'est le luxe des riches qui alimente le pauvre par le moyen de son industrie. » (1) Et de fait les gouvernements n'appliquent pas d'autres principes quand par tous les moyens possibles, travaux publics, expositions, primes aux théâtres et aux sociétés de courses, encouragements donnés aux industries de transport, ils s'efforcent d'attirer dans les villes les étrangers ou les provinciaux, et d'exciter la dépense des classes riches. Notons enfin comme dernière preuve de l'opposition que rencontre encore aujourd'hui chez les économistes la théorie de J. B. Say les contestations, les critiques, les réserves de toutes sortes qui ont accueilli la présentation à l'Académie des sciences morales et politiques du livre de M. de Laveleye sur le luxe : on

1. Cité par Say, *Traité d'Economie politique*, III, 5.

s'est récrié bien haut contre la rigueur exagérée des conclusions de l'économiste belge, dont l'ouvrage n'est pourtant que l'exposé très-net des doctrines de l'Ecole classique sur le luxe.

M. Frédéric Passy (1) et M. Leroy Beaulieu (2) ont pris vigoureusement la défense du luxe si fort malmené par M. de Laveleye; et si M. Leroy Beaulieu a surtout fait valoir en sa faveur des considérations d'intérêt social, s'il a parlé de son influence sur la marche de la civilisation et l'accroissement du bien être général, si enfin, il a mis en relief le côté esthétique du luxe, trop souvent oublié par les rigoristes, M. Frédéric Passy a pris soin de déclarer qu'il n'entendait faire de la morale ni de l'esthétique, mais de l'économie politique pure. « Cette science, a-t-il dit, a son mot à dire aussi bien que la morale dans les questions de consommation. On peut en effet considérer les dépenses, non pas seulement par rapport à leurs conséquences morales mais aussi par rapport à leurs conséquences économiques, c'est à dire à leur influence sur la production, la conservation, l'augmentation, ou la destruction des richesses. »

Et peu après il a cité l'histoire si connue des bonnets de Franklin. Il s'est, il est vrai défendu de parler du luxe « ce mot étant trop vague, dit-il en rappelant les expressions de Droz, pour que la science l'emploie lorsqu'il faut éveiller des idées justes et positives. » Mais le nom ne change pas les choses: c'est bien du luxe que s'occu-

1 Séance du 2 juillet 1887.
2 Séance du 6 août 1887.

pait M. F. Passy, comme c'est du luxe que traite le livre de M. de Laveleye dont il parlait.

IV.— La prédiction de J. B. Say, ne s'est donc pas accomplie, et la controverse est loin d'être tranchée. Beaucoup de bons esprits ont même essayé de terminer le débat par une transaction; si bien qu'outre les deux théories opposées et contradictoires, il en existe une troisième, qu'on peut appeler la théorie du juste milieu. Ceux qui l'ont proposée avaient bien compris que les exagérations de la doctrine rigoriste, la rendent difficilement acceptable, dans les termes au moins où elle s'est produite; d'un autre côté les excès et les dangers du luxe, ses abus si fréquents et si criants, enfin l'influence des considérations morales, leur faisaient également repousser la théorie dite relâchée. C'est pourquoi ils ont abouti à une sorte de compromis. Ils accordent aux partisans du luxe que les sociétés ne sauraient se passer complétement de cet agent si puissant de civilisation et de progrès; le luxe est donc nécessaire, et ils l'admettent en principe; mais ils reconnaissent qu'il peut présenter et qu'il présente souvent des excès, qui constituent un péril pour les sociétés non moins que pour les individus; il le faut donc maintenir dans de justes limites; si le luxe modéré exerce sur la marche des sociétés l'influence la plus heureuse, le luxe extravagant et abusif est au contraire mauvais: la modération du luxe voilà en un mot tout leur système.

« On ne peut s'empêcher de trouver bien dur pour l'humanité ces docteurs impitoyables qu'on voit maudire, sous le nom de luxe, tant d'inventions utiles et agréables

qui ont augmenté la quantité du bonheur sur la terre, » dit l'un des représentants, les plus autorisés de cette théorie juste milieu, M. Baudrillart « Comment ne pas bénir ces inventions, quand on songe au nombre d'heures doucement écoulées que notre espèce leur a dûes, à la sociabilité développée, au charme du foyer domestique accru pour le plus grand bien de la moralité elle-même? Autant donc le luxe qui veut briller et jouir à tout prix est l'ennemi de ce bien-être, autant le désir de posséder ces jouissances qui n'ont rien de condamnable en elles-mêmes peut, quand il ne dégénère pas en sybaritisme, favoriser le développement d'un bien-être solide, et faire naître d'honnêtes efforts.

Ces distinctions semblent déjà dicter à l'historien du luxe privé et public ses devoirs, et la mesure de ses jugements. Impitoyable pour un luxe qui est le fléau des familles et la perte des états, il aimera passionnément la civilisation et l'humanité, et tout ce qui sert à les honorer. Il louera le luxe des arts. Il montrera les excès coupables de la vanité, les effets funestes des abus sensuels (1). »

« Quant à la limite suffisamment exacte et précise à laquelle commence l'excès ou l'écart des raffinements ou du superflu, ajoute-t-il un peu plus loin, il me semble qu'elle est fort convenablement indiquée dans les lignes suivantes (2) : Il est une limite au delà de laquelle le

1. *Histoire du luxe*, liv. 1 ch. 1.

2. Empruntées aux *principes d'Economie politique* de M. W. Roscher

besoin nouveau qu'on observe, ou celui qu'on ressent avec plus de vivacité, n'est plus un signe de progrès, mais une marque de décadence. Tels sont les besoins immoraux, ou déraisonnables. Or, il ne faut pas considérer uniquement comme immoraux les besoins qui ne peuvent être satisfaits qu'au mépris des lois morales, mais aussi ceux qui font préférer les superfluités matérielles aux exigences de l'âme, ou ceux qui ne font acheter la jouissance de quelques-uns qu'au prix de la détresse du grand nombre. Les besoins déraisonnables ne sont pas seulement ceux qui entraînent à des dépenses au delà du revenu mais ceux qui sacrifient le nécessaire au superflu. »

Enfin quelques pages plus loin M. Baudrillart résume et précise les distinctions de Roscher. « On nous demandera d'abord, dit-il, ce que nous entendons par le luxe abusif: il peut être selon nous absolu ou relatif.

Absolu: tout luxe condamné par la morale, les convenances et le goût est absolument mauvais.

Il y a une autre manière d'abuser du luxe; elle se manifeste quand il y a disproportion entre la dépense et le revenu, même si l'objet de la dépense n'a rien d'immoral ; même si cette dépense ne paraît point frapper par son excès, elle peut, en sacrifiant le nécessaire au superflu, devenir essentiellement blâmable.

C'est alors le luxe mauvais relatif.

Pour nous tout superflu immoral ou ruineux, rentre dans la catégorie du luxe abusif (1) ».

1. *Histoire du luxe* I. 3.

C'est à peu près ce que dit M. Batbie (1). Pour lui il n'y a de luxe mauvais et condamnable que le luxe extravagant. « Celui qui consiste à acheter non ce qui est utile, mais ce qui est cher, et à faire, quoiqu'à un degré moindre, des actes analogues à ceux de l'insensé Héliogabale. » Et comme exemple du luxe extravagant, M. Batbie cite le trait d'une grande dame de la cour de Louis XIV, qui avait vendu, disait-elle, une mauvaise terre, qui ne lui rapportait que du blé, pour acheter une glace de Venise (2).

V. — Le critérium de l'école modérée consiste donc dans l'extravagance ou l'immoralité de la dépense. Il est essentiellement relatif, comme le remarque M. Batbie lui-même. « Il y a, dit-il, un luxe extravagant, qu'il serait bon de frapper par tous les moyens. Mais ce luxe consiste dans le caractère de la personne, dans son extravagance, dans ses désirs immodérés, non dans la qualité des objets qu'elle consomme (3) ». Nous ne discuterons pas ici la valeur de cette théorie, prise en tant que solution définitive de la question du luxe. Il y aurait à ce point de vue un problème de morale assez délicat ; car s'il y a des manisfestations du luxe qui n'offrent aucun caractère d'immoralité, le luxe en lui-même, comme tendance et comme principe d'action, est essentiellement mauvais, parce qu'il dérive de passions mauvaises, vanité

1. Conférence à la Sorbonne. *Revue des cours littéraires*. 65, 66. p. 465.

2. Voyez dans le même sens Batbie, *Nouveau cours d'économie polit.* Tome II. p. 50 et suiv. Roscher. *principes*, II, page 225 et suivantes.

3. *Nouveau cours d'Economie politique* II.



et cupidité : de sorte que si l'on ne consulte que la morale, les rigoristes pourraient bien avoir raison : et les distinctions un peu subtiles de M. Baudrillart et de Roscher n'être pas bien solides.

Mais nous laissons tout cela de côté et, n'envisageant que le point de vue économique, nous nous demandons, s'il y a vraiment là la solution scientifique du problème qui nous occupe ; s'il y a les éléments d'une théorie des effet du luxe sur les intérêts matériels des sociétés. Nous nous demandons si, en d'autres termes, le caractère de modération ou d'extravagance, de moralité, ou d'immoralité des dépenses de luxe peut être la cause d'effets économiques différents ?

Il semble bien que non. Quelle influence peuvent exercer sur les conséquences d'une consommation ou d'un d'un déplacement de richesses, la moralité, ou l'immoralité du principe qui en est l'agent? Que la dépense soit faite dans un but ou dans un autre, quelle provienne de sentiments élevés et nobles ou de désirs bas, le phénomène économique paraît bien le même, et l'on n'aperçoit, aucune raison sérieuse de distinguer. De même pour l'extravagance de la dépense — Très-important lorsqu'il s'agit du maintien des fortunes privées, ce caractère semble de peu de valeur lorsqu'il s'agit des sociétés qui retrouvent d'un coté ce qu'elles perdent d'un autre, et pour lesquelles la ruine d'un particulier n'est qu'un déplacement de richesse. Qu'importe à la société qu'une grande dame échange contre un objet inutile une terre qui rapportait du blé? La terre n'a pas disparu pour cela, et l'Etat n'y a rien perdu; il a peut-être même gagné, si la terre passée

en des mains plus habiles et moins dédaigneuses du blé qu'elle peut produire, est mieux travaillée et rapporte davantage. Toutes ces considérations ne peuvent donc avoir sur les phénomènes économiques que des conséquences indirectes et lointaines — Sans doute la moralité ou l'immoralité de ses membres, est pour une société affaire capitale, mais en est-il de même des manifestations de cette immoralité et leur valeur économique est-elle modifiée par leur caractère moral? On pourrait dire, il est vrai. que le luxe immoral en énervant l'être humain, ôte au travail son énergie, et à la production sa puissance; par là il peut nuire à l'état. Mais ce n'est déjà plus un effet direct du luxe; et puis ne faudrait-il pas faire une distinction qui ruinerait toute la théorie? elle ne s'applique en effet que si l'agent du luxe immoral est un travailleur, si c'est un oisif son énergie ni son travail n'ont plus d'action sur la production : l'état se désintéresse et le critérium est en défaut.

Cette troisième théorie ne résout pas plus que les deux autres la question des effets économiques du luxe. Et ce qui prouve mieux que tous les raisonnements son insuffisance, comme solution de ce problème, c'est l'aveu implicite d'un des partisans les plus autorisés de l'école modérée. Parmi les satisfactions immorales, et qu'il faut condamner comme telles, Roscher place « celles qui ne font acheter la jouissance de quelques-uns qu'au prix de la détresse du grand nombre. » Que de telles consommations soient profondément immorales, par leurs conséquences, nous l'admettons bien volontiers ; mais le sont-elles aussi en elles-mêmes et par leurs caractères intrin-

séques ? Rien n'est moins prouvé, et la précaution que prend Roscher de les ajouter à son énumération semble montrer qu'il n'en n'est pas bien sûr lui-même. C'est là pourtant le nœud de la question et le vif du débat. Car enfin l'école relâchée prétend qu'aucune dépense de luxe ne peut jamais produire un pareil résultat, et l'école rigoriste affirme qu'elles le produisent toutes. Il ne suffit donc pas de condamner les dépenses qui produisent un tel effet, il faut les définir. Pour cela il n'y a qu'une méthode c'est d'étudier directement, et à la lumière des seuls principes économiques, l'influence des dépenses de luxe sur les lois de la richesse. C'est ce que nous allons essayer de faire.

CHAPITRE III

EFFETS GÉNÉRAUX DU LUXE.

Le luxe est tout à la fois une consommation et un échange; il consiste en effet, nous l'avons déjà dit, dans l'usage par la classe riche de choses que produisent les classes ouvrières. Les riches achètent les objets que les pauvres ont fabriqués, et les appliquent à la satisfaction de leurs besoins ou de leurs désirs. Il y a donc là deux faits successifs, qu'il faudra envisager l'un après l'autre. Le luxe est tout d'abord une consommation, c'est-à-dire l'acte par lequel un produit du travail humain, une richesse au sens économique du mot, disparaît du fonds créé pour l'utilité générale. Il a donc nécessairement des effets qui atteignent la société toute entière, et par suite les classes ouvrières, membres de cette société et coparticipantes de ce fonds commun.

L'étude de ces effets constitue la partie générale de notre étude de l'influence du luxe sur la répartition. Quand elle sera achevée, nous devrons nous préoccuper du second aspect, et envisager le luxe comme un échange du travail et du salaire. Ce sera alors plus spécialement notre sujet; car l'étude du mécanisme et des lois de cet échange nous montrera une action plus directe du luxe sur la condition des classes ouvrières, ce sera l'étude des effets spéciaux du luxe sur la répartition.

I. — Examinons le premier aspect, et considérant le luxe comme une consommation, voyons quelles conséquences aura pour la société la nature spéciale des objets consommés. C'est à ce point de vue que le luxe a été le plus souvent envisagé. Depuis J. B Say tous les économistes ont placé l'étude du luxe dans la théorie de la consommation; c'est aussi à ce point de vue, disons le tout de suite, que le luxe rencontre les critiques les plus sérieuses.

Le luxe est, nous l'avons dit, l'usage des choses chères. Or les choses chères sont toujours rares. D'ordinaire leur rareté vient de leur haut prix; peu de personnes pouvant les acheter, la production en est nécessairement limitée. Mais quelquefois aussi c'est l'inverse, elles sont chères perce qu'elles sont rares, et c'est leur rareté qui les rend chères; les antiques, par exemple, ou les pierres précieuses, dont la beauté réelle n'explique qu'une partie de la valeur; tout le surplus du prix étant l'effet de la passion des amateurs qui se les disputent.

C'est encore les mêmes causes qui font payer très-cher certains produits du sol, fruits naturels d'une exposition, ou d'un terroir particuliers, comme les truffes, ou les vins de Champagne, et qui font attribuer à certains talents extraordinaires de chanteurs ou d'acteurs par exemple, une rémunération qui ne correspond économiquement ni au travail accompli, ni au service rendu.

Dans tous ces cas, il y a un tribut véritable payé soit à des dons naturels, soit à un hasard heureux, comme celui de la découverte d'une statue antique, ou de la possession fortuite d'un bibelot que la passion du jour remet pour

quelque temps à la mode; mais cette dépense ne peut agir que d'une façon bien lointaine sur la condition des classes ouvrières, car d'une part le tribut qui en résulte tombe tout entier sur la classe riche dont il contribue seulement à diminuer les ressources disponibles, et d'autre part il n'y a pas à vrai dire consommation, parce qu'il n'y a pas destruction de valeur; la valeur de toutes ces choses n'étant que de convention. Nous pouvons donc négliger cet ordre de faits, qui n'a d'ailleurs que peu d'importance dans l'ensemble de la répartition.

II. — Mais presque toujours le haut prix des objets de luxe vient non pas de leur rareté, qui n'est que la conséquence de leur haut prix, mais du travail qui s'est incorporé à ces objets. La fabrication des objets de luxe veut beaucoup de travail, et c'est ce travail qui fait souvent la plus grande partie de leur valeur. Cela arrive par exemple pour les bronzes ciselés, les émaux, les bois sculptés, ou les tapisseries des Gobelins.

Ce travail est de bien des sortes. Souvent, et c'est le cas le plus simple, il aura fallu polir et ciseler les métaux, sculpter le bois ou passer de longues heures devant un métier à tisser une tapisserie où à entrelacer les fils d'une dentelle ; la valeur du produit provient alors du travail qu'a demandé la production. Cela se rencontre même pour ces objets rares dont nous parlions tout à l'heure ; une partie du prix dont on les paie rémunère les soins de fabrication, extraction, et taille du diamant, recherche des perles, soin de conservation des grandes vins, etc, etc. Seulement le travail n'est alors que l'ac-

cessoire, tandis que d'ordinaire il est le principal. D'autres fois le travail aura consisté à amener à grands frais et de régions éloignées les produits d'une industrie exotique comme les chinoiseries ou les tapis d'Asie.

Souvent enfin ce sera non seulement la quantité mais la qualité du travail qui sera rémunérée. C'est, nous le verrons dans la suite, un caractère très fréquent du travail de fabrication des objets de luxe d'être long et délicat, et par suite assez bien rémunéré. Mais au fond il y a là rien de réellement distinct des deux premières hypothèses, car cette élévation du prix, en rémunérant la délicatesse et le fini du travail, paie non seulement le temps effectif consacré à la confection de l'objet qu'on achète, mais encore le temps passé en apprentissage ou en essais. C'est toujours un produit qu'on paie cher, parce que la confection en a exigé beaucoup de travail.

Ce qu'achète et paie celui qui fait une dépense de luxe c'est surtout du travail. L'auteur anonyme des « Considérations sur la richesse et le luxe (1) le remarque très-bien : « Richesse et puissance, dit-il, sont une seule et même chose, car tous les objets qui constituent la richesse n'auraient aucun prix, si par leur moyen l'homme ne convertissait à son usage la force, et le travail des autres. » Le luxe dépense beaucoup de travail, c'est là un de ses caractères essentiels, et il le dépense pour des jouissances dont nous n'avons pas à apprécier ici la moralité, mais qui offrent ce caractère économique certain

1. Publiées à Amsterdam en 1787.

d'être de pur superflu. Or le travail humain est borné et sa puissance strictement limitée, est-il besoin de le faire remarquer? Quelques développements merveilleux qu'ait pris l'industrie humaine, quelques étonnantes conquêtes qu'elle fasse chaque jour, ce n'est encore qu'a force de travail, qu'elle accomplit sa tache quotidienne. Qui sait de quelles fatigues et de quelles sueurs est fait ce que nous nommons le progrès?

Et plus la civilisation avance, plus l'intensité du travail semble s'accroître. Les machines, où le début de ce siècle avait salué l'émancipation des travailleurs, leur imposent trop souvent une servitude plus lourde encore. Si la machine produit, plus on travaille, au moins tout autant. « Il est douteux, a dit Stuart-Mill, que toutes nos machines aient diminué d'une heure le travail d'un seul être humain. » C'est qu'en effet le plus souvent comme le remarque très-justement M. Ch. Périn « au lieu de commander aux machines, l'homme les sert (1). » Sans doute la tâche est moins lourde et l'effort musculaire moins pénible, mais la surveillance est continuelle, et la tension des facultés incessante; le repos, l'arrêt d'un instant, en dehors des heures réglées, est impossible; il faut aller toujours, et, comme l'organisme de fer auquel il est attaché, l'ouvrier ne doit plus connaître ni faiblesse ni défaillance.

Le sort des ouvriers est encore bien dur; leur labeur bien pénible, leurs satisfactions bien souvent bornées au strict nécessaire. Repos, plaisirs, jouissances n'apparais-

1. *De la richesse dans les Sociétés chrétiennes,* III page, 51

sent dans leur vie qu'à de rares et rapides instants ; à peine s'ils les goûtent assez pour en connaître le désir et pour en garder le regret.

Si tout cela est vrai, si pourtant d'êtres humains la vie est encore si dure et le travail si pénible, l'humanité n'a pas de temps à perdre, elle n'a pas tant de loisirs, qu'elle se fabrique des hochets, des bijoux ou des futilités ! Et voilà une des raisons principales des reproches que l'on fait souvent au luxe ; voilà pourquoi il contient en son principe même quelque chose d'essentiellement mauvais. C'est qu'il fait peser sur l'humanité ce lourd tribut d'un travail incessant : c'est qu'il empêche le salutaire repos du corps fatigué, la culture intellectuelle, le développement moral, c'est qu'il immobilise dans un atelier enfumé des êtres faits pour respirer le grand air des champs ; c'est qu'il enferme dans une usine les enfants, les filles, ou les femmes que le foyer ou l'école devraient garder, c'est que ses jouissances sont faites des souffrances d'autrui.

Et ce n'est pas tout ; car en même temps qu'il impose aux classes ouvrières un labeur dont elles ne goûteront jamais les fruits, le luxe les détourne d'autres travaux plus utiles. En les occupant à tisser des dentelles où à ciseler des bijoux, il les empêche de se tisser des vêtements, ou de se préparer des aliments, toutes choses dont elles sont insuffisamment pourvues, dont elles ont encore besoin. Travail et misère, voilà les deux termes de ce premier et déplorable effet du luxe. « Le luxe consiste, avons-nous dit, à consommer pour un besoin factice un objet qui a couté beaucoup de travail, s'écrie M. de Laveleye. Lorsque le travail est si nécessaire pour

procurer aux hommes de quoi satisfaire leurs besoins, quand tant d'êtres humains vivent encore dans un dénuement presque absolu, peut-il être légitime et bon d'employer une grande partie des forces que les capitaux et les ouvriers mettent à notre disposition, pour produire un superflu dont souvent même il vaudrait mieux se passer ?

Le point capital et trop oublié est celui ci, tout objet de luxe coûte beaucoup de travail, ce travail ne peut-il pas être utilisé d'une façon plus rationnelle ? Si vous considérez un individu isolé cette vérité apparaîtra clairement. Est-il un homme assez insensé pour consacrer trois ans de son existence à se fabriquer un joyau qui, en réalité, ne lui servira de rien ? Ce qui cache l'absurdité c'est le phénomène de l'échange, et le fait ordinaire que celui qui porte le bijou, le commande à autrui. Mais si l'on considère l'humanité comme un seul homme, obligé de satisfaire à ses besoins par son labeur, on voit clairement que c'est folie d'employer une partie d'un temps si précieux à se tailler des diamants, quand elle marche encore si souvent pieds-nus. Les habitants d'un état disposent d'un certain nombre d'heures par jour; s'ils en consacrent la moitié à fabriquer des futilités, il est inévitable que la moitié de la population manque du nécessaire. Un empereur de la Chine disait : si un de mes sujets ne travaille pas, il y a dans mes états quelqu'un qui souffre de la faim et du froid. Creuser un trou pour le remplir, broder un devant de chemise, ou monter des pierreries, ce n'est pas travailler car ce n'est pas produire » et il conclut « Que Dieu jette un regard sur cette terre, et qu'il y voie des mil-

lions d'hommes occupés à confectionner des choses inutiles, comme des bijoux et des dentelles, ou des choses nuisibles, comme l'opium et les spiritueux, et à côté d'eux des millions d'autres hommes dans un dénuement extrême ; que notre race lui paraîtra sotte, puérile et barbare ! Elle passe son temps à se fabriquer des colifichets et des chiffons, et elle n'a pas de quoi se nourrir et se vêtir (1). »

Nous avons insisté peut-être un peu longuement sur tous ces points, qui sont presque évidents, car cet effet du luxe frappe les yeux des moins clairvoyants, lorsqu'il s'agit de certaines prodigalités qui rentrent d'ailleurs dans le luxe.

Personne qui ne voie, par exemple, qu'en enlevant aux travaux industriels ou agricoles les domestiques qu'on fait figurer dans une antichambre, on nuit à l'agriculture ou à l'industrie, qui devront ou travailler plus pour remplacer les bras qu'on leur enlève ou se résigner à produire moins.

De même les chevaux de luxe consomment le fourrage qui pourrait nourrir des bœufs, des moutons, ou des vaches ; ce qui en diminue l'élevage et ôte à l'alimentation générale une certaine quantité de lait ou de viande.

De même aussi les parcs, dont l'abus a soulevé bien souvent les protestations des économistes anglais, enlèvent à la culture des terres fertiles et diminuent d'autant la quantité de blé que l'on peut produire (2). Ce sont donc

1. *Le luxe*, page 28, 30 et 49. Cpr. ce que Montesquieu dit de la Chine, *Esprit des lois*, livre VII, ch. 7.

2. Cpr. Stuart-Mill. *Principes*, 1, 63.

là choses banales ; il était utile cependant d'insister et de faire remarquer que ces effets, que l'on aperçoit si facilement dans certains cas, viennent non pas de circonstances accidentelles, s'ajoutant au luxe, mais de son principe et de son fond. Ce sont les effets essentiels, les conséquences régulières du luxe.

III. — Les consommations de luxe présentent un second caractère non moins important ; c'est que la perte qui résulte pour la société de la destruction de richesse, à laquelle elles aboutissent est définitive. Elles se traduisent en une pure jouissance, qui ne sert en rien à préparer la production future. Les subsistances consommées par un ouvrier ne le sont pas sans compensation ; en entretenant un travailleur elles ont coopéré à la production. Au contraire ce que le luxe détruit est détruit sans retour. Le luxe est une consommation improductive.

L'Économie politique distingue en effet les consommations en deux classes. Les unes productives servent à préparer la production future. La richesse ne disparaît que pour reparaître bientôt sous une forme différente et avec une utilité plus grande ; les autres improductives font disparaître la richesse sans retour ni équivalent. Leur but est uniquement de satisfaire un besoin, ou de procurer une jouissance, sans que l'œuvre de la production y soit en rien intéressée.

« Dans ce langage de l'économie politique, dit Stuart Mill, tout travail est dit improductif quand il se traduit par une jouissance immédiate, sans accroissement dans la masse des moyens de jouissances permanentes. Tous

les membres d'une communauté ne sont pas producteurs, mais tous sont consommateurs ; ils consomment soit productivement, soit improductivement. Quiconque ne contribue à la production ni directement ni indirectement est un consommateur improductif. Les seuls consommateurs productifs sont les travailleurs productifs, et dans le nombre nous comprendrons ceux qui dirigent aussi bien que ceux qui exécutent. Mais la consommation même des travailleurs producteurs n'est pas toute entière consommation productive. Les travailleurs producteurs peuvent consommer et consomment en effet improductivement. Tout ce qu'ils consomment dans le but d'entretenir ou d'améliorer leur santé, leurs forces, leur capacité de travail, ou dans celui d'enseigner leur art à ceux qui doivent les remplacer, est consommation productive.

Tout ce qui se consomme en plaisirs, ou en superfluités, soit par les travailleurs, soit par les oisifs, quand la production n'est ni le but ni le résultat de cette consommation, doit être compté comme consommation improductive. Il convient d'excepter cependant une certaine dépense de jouissances qui peuvent être considérées comme besoins, nécessités, et dont la privation ôterait au travail une partie de son efficacité (1). »

La classe des consommateurs improductifs comprend d'ailleurs des gens qui travaillent, et beaucoup. L'épithète d'improductif signifie simplement que le travail ne concourt pas directement à l'œuvre de la production matérielle de la richesse. Il n'est pas question de l'uti-

1. *Principes* I, p. 54 et 57.

lité de la consommation qu'il faudra juger sur d'autres principes ; ce qu'envisage la distinction des consommations improductives, c'est uniquement l'effet de la dépense sur la masse de la richesse générale. Aussi Stuart-Mill a-t-il soin de remarquer que « le travail improductif peut être aussi utile que le travail productif; il peut être plus utile même (1). »

Les consommations de luxe sont certainement des consommations improductives, elles se traduisent uniquement par une satisfaction, par une jouissance. La richesse une fois consommée la société s'en est appauvrie d'une façon définitive, il y a pour elle perte sèche ; en un mot, on ne retrouve pas dans ces consommations ce caractère essentiel de la consommation productive de n'être que la préparation d'une production ultérieure. D'où un nouvel effet des dépenses de luxe sur la richesse générale, et par voie de conséquence sur la condition des classes pauvres. La richesse produite, et que l'on peut consommer est limitée, comme les forces humaines dont elle sort. Si l'on en prend beaucoup, pour la consacrer à des consommations improductives, il est évident qu'on en pourra moins employer à la consommation reproductive. La production de l'avenir en sera donc gravement atteinte et sa fécondité diminuera. On produira moins que l'on aurait pu produire, moins que l'état de la civilisation et les progrès de l'industrie ne l'auraient permis. La masse à partager sera moindre, et la part de de chacun sera réduite.

1. *Ibid.* page 55.

C'est ce qu'explique très-bien Stuart Mill. Il suppose qu'un individu qu'il nomme, C. dépense en équipages, en festins, en consommation de luxe, une somme de 10.000, francs « S'il a reçu, dit-il, de son argent une valeur équivalente en articles de luxe, en productions rares, en subsistances, et qu'il les ait appliqués soit à sa propre consommation, soit à celle de ses amis, de ses domestiques, etc, etc., ces articles ont cessé d'exister, et rien n'a été produit qui les remplace; tandis que si au contraire ces 10.000 francs avaient été employés sur une ferme, ou dans une manufacture. leur consommation aurait été balancée, et au delà, à la fin de l'année par de nouveau produits, créés par le travail de ceux qui eussent consommé ces 10.000 f. Par l'effet de la prodigalité de C, ce qui eût été consommé avec retour se trouve consommé sans retour. Le capital national se trouve donc diminué de 10.000, francs et le revenu national de tout ce que ces 10.000. francs employés comme capital eussent contribué à produire.

C'est sur les travailleurs que cette perte tombe le plus lourdement, car ces 10.000, fr. auraient pu être employés à l'entretien perpétuel d'un certain nombre de travailleurs, reproduisant constamment leur consommation, et c'est de cet entretien qu'ils sont aujourd'hui privés (1). »

IV. — En résumé, l'étude du luxe, considéré comme consommation, nous amène à lui reconnaître ce double caractère de consommation de superflu et de consommation improductive. Le luxe est un emploi du travail à

1. *Principes*, I, p. 68 et 69.

la fois inutile et stérile, et par là il diminue doublement la richesse sociale, il nuit à l'état et en même temps aux classes pauvres. C'est surtout sous cet aspect que le luxe a été envisagé par les économistes. D'où les critiques qu'ils lui ont si souvent adressées, d'où aussi leur théorie de l'épargne à outrance, dont il nous reste à dire quelques mots.

L'épargne en effet, surtout dans nos sociétés où l'on thésaurise de moins en moins, et où tout capital épargné est un capital placé, ou qui va l'être, constitue le type des dépenses productives. « Une valeur épargnée, dit J. B. Say, est en effet une valeur qui non seulement se consomme, mais dont la consommation se renouvelle tous les ans (1) ». Aussi la théorie que nous exposions, tout à l'heure d'après Stuart-Mill n'est-elle autre chose au fond que ce que l'on dit tous les jours, quand on se plaint que le luxe empêche la formation du capital. C'est ce que dit J. B. Say. « La prodigalité est plus que l'avarice fatale à la société ; elle dissipe, elle ôte à l'industrie les capitaux qui la maintiennent ; en détruisant un des grands agents de la production, elle met les autres dans l'impossibilité de se développer (2). » Le luxe n'est pas mauvais comme consommation improductive, mais parce qu'il empêche les consommations productives, et celle qui les embrasse toutes c'est-à-dire l'épargne.

On voit en même temps que l'épargne apparaît comme un remède aux conséquences fâcheuses de ces deux ca-

1. *Cours d'Économie polit.* I, p. 357.

2. *Traité d'Économie politique*, III, 5.

ractères que nous venons de reconnaître au luxe. Car non seulement c'est un emploi reproductif de la richesse, mais c'est un emploi utile. L'argent placé se consomme, et se consomme en journées d'ouvriers, en achat de marchandises, etc., c'est-à-dire, en définitive, en salaires ; et ces salaires serviront à payer des choses utiles. Dès lors si le travail que le luxe impose ne disparaît pas, il est du moins remplacé par un travail utile, par la production des objets nécessaires aux classes ouvrières.

La substitution de l'épargne au luxe a été un des grands principes des économistes de l'école classique. L'épargne n'est pas seulement pour eux un acte de bonne administration, une pratique louable, c'est un devoir, dont l'accomplissement est une vertu sociale, tandis que la prodigalité est le plus funeste des vices.

Ecoutons J. B. Say. « Les personnes, dit-il, qui par un grand pouvoir ou de grands talents cherchent à répandre le goût du luxe, conspirent contre le bonheur des nations. Si quelque habitude mérite d'être encouragée, dans les monarchies, comme dans les républiques, dans les grands états comme dans les petits, c'est uniquement l'économie (1) ». « Un homme économe, a dit Adam Smith, cité par J. B. Say, est comme le fondateur d'un atelier public; il établit en quelque sorte un fonds pour l'utilité perpétuelle (2), » et Say ajoute : « quand de toutes parts les arts industriels se sont multipliés, quand les gouverments, plus éclairés sur leurs intérêts, ont protégé la sû-

1. *Traité d'Économie polit.*, III, 5.
2. *Cours d'Ecomie politiqne*, I, 357.

reté des industries et les fortunes qui naissaient de leurs efforts, alors l'accumulation a eu un tout autre caractère; elle a été non seulement justifiable aux yeux de la raison, mais elle est devenue un acte à la fois de sagesse et de vertu. De sagesse parce que ce n'était plus seulement une jouissance future, qu'elle se proposait aux dépens d'une jouissance présente, mais une source nouvelle de revenus et de bien-être qu'elle ouvrait. En effet former un capital c'est créer un champ, et un champ qui commence à rapporter à l'instant même. C'est en même temps un acte de vertu parce que c'est un moyen de travail qu'on offre à des hommes laborieux. Ainsi une valeur épargnée est une valeur qui non seulement se consomme, mais dont la consommation se renouvelle tous les ans, et une valeur que l'on dissipe est une valeur qui ne se consomme qu'une fois. Tout prodigue est un ennemi public, et tout homme économe doit être regardé comme un bienfaiteur de la société (1). »

L'économie est donc la vertu sociale par excellence, voilà la conclusion des économistes classiques. Si juste qu'elle nous paraisse, attendons cependant quelques instants encore avant de l'adopter, et continuons l'examen des effets du luxe, en le considérant sous son deuxième aspect, celui d'un échange de travail et de salaires.

1. *Cours d'Economie polit.*, I, 357 et suivants.

Cpr. sur cette question, F. Bastiat, *Sophismes économiques : La vitre cassée ; Epargne et luxe*. Batbie. *Cours d'Économie politique*, tome III, page 50 et suivantes. Stuart-Mill. *Principes* II, 76 et suivantes. Roscher. *Principes d'Economie politique* préface de Wolowski.

CHAPITRE IV

EFFETS SPÉCIAUX DU LUXE SUR LA RÉPARTITION

I. — Nous allons considérer maintenant le luxe comme un échange de travail et de salaires ce qui est son deuxième aspect, par là nous entrerons directement au cœur de notre sujet.

Il y a en effet deux choses à distinguer avec soin, lorsque l'on étudie la part de chaque classe dans la répartition annuelle. Il y a d'abord la part possible, celle que la somme des richesses produites, comparée au chiffre de la population permet théoriquement de lui attribuer; la formule en est très simple et Adam Smith l'a donnée. « Selon que le produit du travail, a-t-il dit, se trouvera être dans une proportion plus ou moins grande avec le nombre des consommateurs, la nation sera plus ou moins bien pourvue de toutes les choses nécessaires, ou commodes dont elle éprouve le besoin (1). » A ce point de vue, c'est la production qui est l'élément capital, et presque la seule chose à considérer. C'est cette répartition possible dont nous nous sommes préoccupés jusqu'ici.

Mais ce n'est pas là la répartition réelle. Il y a, pour saisir la réalité dans sa complexité et dans son ensemble, à tenir compte d'autre chose que de ces deux éléments

1. *Richesse des Nations*, tome I, p. 2.

presque mathématiques, *quantum* de la production et chiffre de la population. La formule d'Adam Smith ne nous donne évidemment pas la part qui en fait est attribuée à chacun. Les sociétés et les états ne disent pas à chacun selon ses besoins, mais bien à chacun selon ses droits. Or si les besoins véritables peuvent être supposés à peu près identiques chez tous les individus, les droits sont certainement inégaux.

Un grand fait domine la répartition dans notre état social, c'est l'appropriation individuelle du capital. Terres, constructions, usines, machines, matières premières, monnaie même, tout ce qui directement ou indirectement concourt à la production, tout est approprié; tout ce qu'elle crée l'est aussi. Tous les produits de l'industrie humaine, dont nous faisions tout à l'heure une masse et comme un fonds commun où chacun venait librement puiser pour satisfaire ses besoins, constituent la fortune individuelle et privée des membres de l'état. De sorte que le problème se complique d'une seconde question, qu'il faut d'abord résoudre : comment, sous quelle influence, tous ces produits passeront-ils aux mains de ceux qui les doivent consommer, comment chacun se procurera-t-il ce dont il a besoin ? C'est là le vif de la question.

On comprend dans ces conditions l'intérêt qu'il y a à examiner le luxe sous son deuxième aspect, à y considérer l'échange du travail et du salaire. C'est en effet par l'échange que la richesse arrivera aux consommateurs, et atteindra le but pour lequel, on l'a produite, la satisfaction des besoins humains. L'échange, direct dans les sociétés très primitives, se fera presque exclusivement dans nos

sociétés modernes au moyen d'un intermédiaire, la monnaie commune mesure et équivalent commun de toutes les marchandises ; mais l'intervention de la monnaie, tout en compliquant les phénomènes ne change rien au fond des choses, et il y a toujours échange de produits ou de services contre des services ou des produits.

L'échange se fera d'ailleurs sous la seule impulsion et la seule règle de l'intérêt privé, c'est de là en effet qu'il faut partir dans toute étude de la richesse. C'est l'intérêt privé qui est le grand ressort du monde économique ; c'est le seul dont l'économie politique puisse tenir compte. Il en existe cependant d'autres ; d'autres sentiments, d'autres puissances sont répandus dans le monde et agissent même sur les phénomènes économiques. Il y a le dévouement, la charité, l'amour, principes de toute vie sociale et sans lesquels aucun état ne subsisterait un seul instant ; il y a aussi l'influence des coutumes, des lois, ou de l'action directe des gouvernements ; plus faible ou plus puissante selon les sociétés et les temps, cette influence ne disparaît jamais tout à fait et nous la voyons encore exercer de nos jours sur les faits économiques une action considérable. Mais tous ces mobiles divers sont, tant par les effets que par les règles d'application, hors des prises de la science économique. Elle n'y peut atteindre parce que, plongeant par leurs racines dans d'autres sphères et dérivant de principes différents ils échappent à son point de vue borné. Leur action est intermittente, leurs effets incertains et inexplicables. L'intérêt privé au contraire toujours constant, toujours égal, toujours semblable à lui même, agit avec une régularité et une précision toutes mathématiques.

Son action ne manque jamais, elle a toute la sûreté et toute la généralité nécessaires pour servir de base à une étude scientifique.

Ajoutons qu'en fait c'est le seul mobile dont les économistes se soient préoccupés d'ordinaire, le seul qu'ils aient voulu pour construire leur science nouvelle. Parfois même, suivant en ce point comme en beaucoup d'autres les principes de la philosophie sensualiste du XVIIIe siècle, ils ont contesté l'existence même de ces autres mobiles, ou nié tout au moins leur action sur les phénomènes économiques ; fidèles disciples en cela de l'école qui ne voyait chez l'homme que des appétits et dans le monde que le jeu des intérèts.

Ce sera donc l'échange dirigé par l'intérêt privé qui réglera la répartition. Mais l'échange suppose que l'on donne quelque chose en retour de ce que l'on désire ; il suppose qu'on possède déjà. Ce ne sera donc plus le besoin mais la richesse de chacun qui déterminera sa part de répartition, on n'aura que l'équivalent de ce qu'on pourra offrir ; la règle de la répartition sera la demande, c'est-à-dire suivant l'excellente définition de Malthus « la volonté jointe au pouvoir d'acheter (1). » Pour avoir part à la masse des richesses produites, il ne suffira pas de désirer, il faudra payer. « Toutes les personnes qui connaissent la nature de la demande effective, remarque le même économiste, comprendront parfaitement que partout où le droit de propriété est établi, et où les besoins de la société sont satisfaits au moyen de l'in-

1. *Principes d'Économie polit.*, tome I. p. 63.

dustrie et des échanges, l'envie qu'un individu quelconque peut avoir de posséder des choses d'une grande utilité ou d'agrément, quelque forte qu'elle soit, ne contribuera, en rien à les faire produire, » (ajoutons ni à les lui faire attribuer dans la répartition, si par hasard elles se trouvent déjà produites), « s'il n'y a pas d'ailleurs une demande réciproque pour quelques unes des choses que cet individu possède (1). » En définitive ce qui détermine la part réelle de chacun dans la répartition, c'est ce qu'il a déjà, c'est la quantité de produits qu'il offre en échange de ce qu'il veut, et le besoin ou le désir qu'ont de ce qu'il détient ceux à qui ils s'adressent.

II. — Or dans notre état social s'il y a des gens qui possédent beaucoup, et qui dans ce marché général offriront beaucoup, d'autres n'ont rien ou presque rien. Non seulement en effet les biens sont appropriés, mais, ce qui en est la conséquence nécessaire, les fortunes sont inégales.

Une classe, celle des riches possède la presque totalité des choses appropriées ; la terre d'abord, source première de toute richesse, condition nécessaire de toute production, parce qu'elle fournit la matière à toutes les transformations de l'industrie et à toutes les transactions du commerce. Tantôt la classe riche en possède directement la plus grande partie, comme en Angleterre : tantôt, comme en France, elle n'est propriétaire que d'une fraction beaucoup plus restreinte ; mais par les prêts et surtout les prêts hypothécaires, qui sont la plaie des pays

1. *Loco citato*, II, p. 19.

de petite propriété, elle possède au sens économique et pratique du mot bien des terres que le cadastre déclare la chose des paysans. Elle les possède, parce qu'elle prélève sur les terres une rente annuelle, qui est l'intérêt de l'argent prêté, et parce que le paysan ne pouvant presque jamais rembourser sans délais, et l'acte de prêt n'ayant stipulé qu'un terme assez court et qui est depuis longtemps passé, elle est maîtresse d'exproprier le propriétaire à sa guise, et quand il lui plaira. On a appelé le droit de créance *jus ad rem*, droit qui tend à la chose, cela est encore plus vrai du droit hypothécaire, où le caractère de réalité est si fortement empreint. Quand on va au fond des choses, quand on complète par le relevé des inscriptions hypothécaires les énonciations du cadastre, on s'aperçoit bien vite que, dans les régions même de la France où la propriété foncière est le plus émiettée, la classe bourgeoise est encore la véritable maîtresse d'une partie considérable des terres.

Il faudrait dire la même chose des industries et des fonds de commerce, avec tout leur matériel et tous leurs accessoires. Presque tout est aux mains d'une seule classe de la société tantôt par la possession directe, tantôt par cette sorte de possession indirecte qui résulte du prêt. Malgré donc le développement de l'épargne, malgré la diffusion des titres de sociétés, presque tout le capital, presque tout ce qui sert à produire est concentré aux mains d'une seule classe.

C'est là l'état social actuel. Nous l'acceptons, notons le en passant, comme un fait qui s'impose, et qu'il nous faut prendre comme base de notre étude. Est-il bon, est-il

mauvais, et ne peut-on rêver des formes de sociétés différentes, nous ne le rechercherons pas. Ce n'est pas le lieu de discuter ici cette question, qui pourrait paraître d'ailleurs un peu oiseuse. Car la propriété individuelle, et comme conséquence inévitable l'inégalité des fortunes, apparaît à notre époque comme le résultat presque fatal du progrès des sociétés. La civilisation brise en marchant les vieilles formes de la propriété collective, qui ont déjà si bien disparu de l'Europe moderne, qu'il faut aller en chercher les traces jusqu'au fond des steppes les plus reculées de la Russie. Partout la propriété individuelle tend à prévaloir.

Qu'il n'y ait là rien d'absolument nécessaire, que ce ne soit qu'une forme transitoire de l'évolution des sociétés, c'est possible, c'est même probable. Mais rien ne fait encore pressentir la révolution qui renversera les bases du système de l'appropriation individuelle, (car nous ne parlons pas ici d'une simple substitution de propriétaires, mais de la disparition de la propriété elle-même) ; rien ne semble encore indiquer l'approche de cette transformation rêvée par quelques esprits généreux. La propriété semble donc bien nécessaire à notre état social, puisqu'on n'a pas encore trouvé ce qu'on pourrait mettre à sa place. C'est d'ailleurs cette nécessité qui est à la fois pour elle la meilleure justification et le gage le plus certain de durée.

Il ne sera peut-être pas inutile non plus de faire remarquer que si nous prenons comme point de départ de cette étude la notion générale de propriété, telle qu'elle est conçue à notre époque dans presque toutes les sociétés

arrivées à un certain degré de développement, nous ne nous préoccupons nullement des conditions de l'appropriation individuelle spéciales à telle ou telle contrée. Ces conditions, les différences dans le régime et la division de la propriété, auraient cependant sur notre question même une influence réelle ; par exemple le luxe d'un grand nombre de familles aisées aura des effets différents de celui d'un nombre restreint de grands propriétaires. Le premier sera moins large, moins généreux : il paiera plus chichement, avec moins de libéralité. Par contre, étant plus général il offrira moins les périls du véritable luxe. La mode n'exercera sur lui qu'une action plus lente et moins absolue, et la ruine des particuliers l'atteindra moins gravement. « Il est physiquement possible, observe Malthus, qu'un petit nombre de très riches propriétaires et capitalistes créent une demande très considérable. Mais dans le fait, l'expérience a toujours fait voir que la richesse excessive du petit nombre n'équivaut jamais, quant à l'étendue de la demande, à l'aisance du grand nombre (1). »

La division des fortunes, si importantes au point de vue politique, a donc des conséquences économiques (2). Cependant, ne visant en ce moment qu'à la théorie générale des effets du luxe, nous négligeons toutes ces distinctions qui embarasseraient peut-être la question ; il nous suffit d'avoir constaté d'une façon générale et en bloc l'état et la division des fortunes en France au XIX[e] siècle.

1. *Principes d'Économie polit.* II, p. 150.

2. Voyez sur ce sujet Batbie. *Cours d'Économie polit.* tome I, p. 332.

III. — Les riches possèdent tous les éléments de la production, ils en possèdent également les produits ; objets utiles, nécessaire à l'existence, sources et soutiens de la vie, tout est entre leurs mains, et c'est là que les pauvres les devront aller chercher. Car en face des riches de cette classe privilégiée, il y a les pauvres ceux qui, de ce stock accumulé de richesses qui fait le patrimoine d'un pays n'ont qu'une part insuffisante, quand ils en ont une ; ceux-là sont cependant consommateurs, au moins ils doivent l'être, car ils ont des besoins. Pour satisfaire ces besoins, il leur faudra acheter des produits, et les acheter des riches qui les détiennent. Or ils n'apportent sur le marché que leur travail, que l'ouvrage de leurs deux bras ; c'est le seul moyen d'échange qu'ils possèdent. Ce sera donc par ce travail ou plutôt par la rémunération de ce travail par le salaire qu'ils paieront les objets qui leur sont si nécessaires.

Mais ils ne pourront le faire que si de son côté leur travail est demandé, c'est-à-dire si les riches en ont besoin. La condition essentielle de leur existence, c'est le besoin que les riches ont de leur travail et la demande qu'ils en font. « Un homme qui ne possède que son travail, dit Malthus, ne fait de demande de produits qu'autant que ceux qui en ont à leur disposition ont besoin de son travail (1). »

C'est là le point primordial, autour duquel tourne tout le problème. La part des travailleurs dans la réparti-

1. *Loco citato*, II p. 150.

tion ne dépend que de la valeur que la classe riche donnera à leur travail.

C'est ici qu'apparaît, et très nettement, le rôle du luxe dans la répartition, rôle capital et essentiel. Qui ne voit, en effet, que le luxe, en augmentant les besoins des classes riches, augmente la demande qu'elles font du travail. Les besoins naturels sont limités ; si les riches se bornaient à contenter ces premiers besoins, et une fois leurs nécessités satisfaites ne dépensaient plus rien, il est aisé de voir que la demande qu'ils feraient de travail serait très restreinte. Si une fois en possession de ce que, suivant les expressions de M. Leroy Beaulieu, « la généralité des habitants d'un pays considère comme essentiel, non seulement aux besoins de l'existence, mais aussi à l'agrément et à la décence de la vie, » ils arrêtaient leur demande de travail, la misère arriverait bien vite pour les travailleurs ; et non seulement les industries de luxe seraient ruinées, leurs produits ne trouvant plus d'acheteurs, mais même les manufactures des choses les plus nécessaires à l'existence devraient s'arrêter car la demande du travail se restreignant, la demande que les classes ouvrières font des choses utiles se restreindrait de même, l'une étant la conséquence de l'autre. Le luxe apparaît donc, dans la répartition réelle, comme un intermédiaire bienfaisant entre le riche et le pauvre, donnant au travail sa valeur et faisant par le salaire passer une partie de la fortune du riche aux mains du pauvre. Le luxe des riches est pour le travail des classes pauvres un auxiliaire précieux ; en augmentant sans mesure les besoins, bornés par la nature, de ceux qui détiennent la

richesse, il augmente la valeur de la main d'œuvre, et accroît la seule fortune des pauvres. Que par hypothèse le luxe soit chassé d'un état, sans qu'un agent de répartition d'une égale puissance le remplace, les besoins des riches se réduiront d'une quantité considérable (car il est naturel de supposer qu'ils ne feront pas d'aliments, de vêtements, ou d'autres choses utiles une demande plus considérable que celle qu'ils faisaient déjà, et qui leur suffisait), la plupart des ouvriers cesseront d'être occupés et payés, et tomberont dans la misère, dont le luxe des riches seul les préservait.

On comprend facilement maintenant l'origine et la nature véritable de ce tribut de travail que les classes ouvrières paient au luxe. Le luxe en est la cause, disions nous ; c'était une erreur ; il n'en est que l'emploi, et il vaut économiquement parce qu'il en est l'emploi. La cause en est tout autre. C'est l'inégalité des fortunes et l'appropriation individuelle, qui font que les richesses nécessaires à l'existence sont concentrées et comme monopolisées aux mains d'une classe. Pour vivre, toutes les autres doivent nécessairement payer tribut à cette classe privilégiée. L'effet du luxe est de permettre le paiement de ce tribut, en augmentant la demande que font les riches du travail, seule monnaie en laquelle les pauvres peuvent s'acquitter.

On voit maintenant, soit dit en passant pourquoi nous disions au début de cette étude que le luxe des riches devait seul nous préoccuper : c'est parce qu'il est le seul auquel on puisse reconnaître cet effet de répartition si important. Quant à l'accroissement des consommations

chez les classes ouvrières, qui ne rentre pas à notre avis dans le sens propre du mot luxe, mais que l'on appelle parfois de ce nom par métaphore, on n'y aperçoit aucun effet analogue ; ce serait comme augmentation des dépenses et du bien-être, c'est-à-dire dans l'analyse des ressources et de la condition des classes ouvrières, qu'il y aurait intérêt à l'étudier (1).

IV. — Nous ferons ici deux remarques, nécessaires peut-être pour prévenir des objections que l'on pourrait nous adresser. La première, c'est que nous ne contestons nullement l'exactitude de cette considération, souvent développée par les économistes, qu'en fait dans nos sociétés il n'existe pas deux classes distinctes, producteurs et consommateurs, opposées de rôle et d'intérêt, mais que les mêmes individus sont à la fois producteurs et consommateurs, producteurs d'un certain objet, consommateurs et acheteurs de beaucoup d'autres. Tout cela est vrai, mais ne touche nullement ce que nous disions, car, si ces deux qualités coexistent chez presque tous, il y en a toujours une qui prédomine. Celui-là est bien un producteur, qui ne peut consommer que parce qu'il a produit et dont la demande d'objets de consommation est strictement mesurée par le prix qu'il a reçu de son travail : celui-là est un consommateur qui, ne concourrant à la production, ni de ses bras, ni de son intelligence, jouit cependant de revenus considérables, et consomme beaucoup. On peut donc dire qu'il y a des consommateurs, et

1. C'est à ce point de vue que l'ont envisagé par exemple M. Leroy Beaulieu, *Essai sur la répartition*, p. 148, et suiv. et M. Baudrillart, *Economie Politique populaire*.

des producteurs comme on dit qu'il y a du capital, et du travail.

La seconde remarque est plus délicate car elle touche à l'une des questions les plus difficiles de l'économie politique, et que nous n'avons ni l'intention ni la capacité de trancher.

Nous voulons parler de la théorie du fonds des salaires qui pourrait peut-être sembler en contradiction avec les résultats que nous venons de proclamer. Nous avons dit en effet que de l'intensité du luxe dépendait la valeur du travail et la rémunération des travailleurs. Or les partisans de la théorie du fonds des salaires professent que la valeur normale de la main d'œuvre, et le prix courant du salaire dépendent uniquement du rapport mathématique qui s'établit entre le capital et la population. Entre ces deux affirmations y a t-il vraiment contradiction? Nous ne le croyons pas. Il faut en effet remarquer qu'il ne s'agit dans la théorie du fonds des salaires que de la limite au delà de laquelle les salaires ne sauraient monter du maximun des salaires, des salaires possibles et non des salaires réels. En un mot elle ne pretend fixer que le fonds des salaires c'est-à-dire la somme qui peut-être employée en salaires (1) Nous croyons au contraire avoir atteint une des lois qui règlent le salaire réel, et c'est même là ce qui fait l'importance de l'action du luxe sur la condition des ouvriers. C'est qu'il fixe la part contingente, effective, attribuée à chacun dans la répartition. Nous n'avons donc pas à nous préoccuper ici de cette théorie très

1. Cpr. Stuart-Mill. *Principes*, I, p. 335 et suiv.

contestée d'ailleurs (1) ni à prendre part dans la controverse depuis longtemps engagée sur cette question.

V. — A y réfléchir quelque peu, le résultat auquel nous arrivons, à savoir l'influence capitale du luxe dans la répartition, n'a rien qui nons doive étonner. En effet dès qu'on recherche la réalité concrète, et non les abstractions théoriques, dès qu'on se préoccupe des faits, on s'aperçoit que la notion de production ne peut-être envisagée seule, ni être séparée de l'idée de consommation, qui est son but; or dans nos sociétés modernes, on ne produit guère pour consommer soi-même ce qu'on aura produit; on fabrique des objets dont on n'a nul besoin, pour les échanger et se procurer ainsi ce qu'on désire; on produit pour vendre et pour gagner de l'argent. Il faudra donc, avant de produire, examiner s'il existe une demande suffisante des produits qu'on va jeter sur le marché, c'est à dire nous l'avons vu non pas seulement, s'il y aura des gens qui les désireront, mais des gens qui les désirant pourront les payer. La demande, c'est-à-dire la consommation payante, doit-être la grande régulatrice des industries; et de fait c'est elle qui les excite, ou les retient, qui y attire les capitaux ou les en éloigne.

C'est donc la consommation qui dans notre état social règle la production; c'est-elle qui en lui assurant des débouchés la soutient et la fait vivre. C'est ce qu'exprime très-bien, sous une forme paradoxale, cet axiome de

1. Voyez Leroy Beaulieu. *Essai sur la répartition* ch. XIV E. de Laveleye. *Etude sur Cliffe Leslie*, *Revue des deux mondes*, 1 avril 1881.

Saint-Chamans (I) : « C'est la comsommation qui crée la richesse ». La consommation, qui est l'acte par lequel on détruit la richesse, la crée cependant parce qu'elle assure son emploi, et l'accomplissement de la fin pour lequel elle a été faite, et lui donne par là une valeur certaine et définitive.

Tant en effet que par l'échange un produit n'a pas encore passé de l'atelier du producteur ou du fabricant aux mains de celui qui le doit consommer, on ne peut dire qu'il y ait richesse véritable ; il y a aptitude à le devenir, il y a espérance de richesse, mais il n'y aura richesse, tant au point de vue de la fortune privée que de la fortune publique, qui n'est au fond que la somme des fortunes privées, que lorsque le produit aura trouvé un débouché, c'est--àdire lorsqu'un acheteur, ayant à la fois le désir de l'appliquer à sa consommation, et le pouvoir de le payer, lui donnera par l'achat la valeur en échange qui lui manquait. Alors, et par le fait de cet achat, de cette consommation, le produit, dont la valeur n'était jusque là qu'incertaine et douteuse, aura acquis d'une façon définitive cette valeur qui lui manquait.

Et c'est ce que les partisans les plus orthodoxes de l'école classique reconnaissent eux-mêmes. Son fondateur, J. B. Say, a dit quelque part « La rapide succession des modes appauvrit un état de ce qu'elle consomme, et de ce qu'elle ne consomme pas (2). » De ce qu'elle ne consomme pas et pourquoi donc ? Les produits ont-ils perdu

I· *Traité de l'Economie Publique,* tome, I, p. 98.

2. Cpr. Saint Chamans. *Loco citato.* II. p. 93 et suivantes.

quelques-unes de leurs qualités physiques sont-ils corrompus ou gâtés? Nullement, ils sont encore en magasin, tout neufs, à peine défraîchis, et aussi aptes à satisfaire le besoin, s'il existait encore, et à plaire aux consommateurs, s'il s'en trouvait. Et cependant Say a raison, le changement de mode en a véritablement appauvri la société ; les produits, avec l'espoir de trouver jamais un acheteur, ont perdu la possibilité d'être jamais une richesse ; ils ont gardé leurs qualités, ils sont aptes à satisfaire le besoin, mais le besoin n'existe plus chez ceux qui pourraient payer, la mode a changé, et la classe riche n'en veut plus.

Et ce qui montre encore mieux que tous les raisonnements cette importance capitale de la consommation, c'est l'exemple du développement industriel, incomparable qui a suivi en France et en Angleterre, pour ne citer que les faits les plus rapprochés de nous, la création des réseaux de chemins de fer. L'effet le plus immédiat de ce nouveau mode de transport a été, en produisant une meilleure distribution des produits, d'en étendre la consommation et la demande ; d'où la rapide croissance de toutes les industries. Et cela à un moment où, remarquons le bien, le capital était rare ; des sommes énormes avaient été demandées par les sociétés nouvelles, et immobilisées dans les travaux de construction des voies ferrées. Ce n'était donc pas l'abondance du capital, mais l'extension de la consommation qui donnait l'impulsion à la production (1).

1. Cpr. Saint Chamans, I, 353. sq. III, in fine, *Histoire de M. André*. Malthus. *Principes* II, page 123.

C'est donc la consommation qui fait produire; et voilà pourquoi le luxe, qui n'est que l'extension des consommations de la classe riche, agit sur la production. Voilà pourquoi cette destruction de richesse est la cause de la création d'autres richesses. En résumé, dans le régime de l'appropriation privée, le luxe est une cause de consommations et d'échanges, puisqu'on ne consomme guère que ce qu'on s'est procuré par l'échange, et par là il agit sur la production, sans lui faire franchir d'ailleurs les limites que lui assignent les conditions générales de développement de la société.

CHAPITRE V

LUXE ET ÉPARGNE

I. — Nous avons vu le luxe apparaître dans le régime de l'appropriation individuelle et de l'inégalité des fortunes, qui en est la conséquence, comme un agent de répartition nécessaire. Il permet à la classe pauvre le paiement du tribut que fait peser sur elle la concentration aux mains de quelques privilégiés des choses nécessaires à l'existence. C'est là son rôle essentiel, c'est là ce qui fait sa valeur économique. Les dépenses des riches nous ont paru le seul moyen de faire vivre les pauvres, et nous en avons conclu que le luxe, qui étend les besoins des riches et augmente leurs dépenses, exerce sur la répartition une action de premier ordre.

Or à cette théorie une objection a été faite. Il y a, a-t-on dit, un autre emploi du revenu des riches qui nourrit aussi les travailleurs. L'économie fournit aux salaires autant que le luxe; au lieu de prodiguer leur argent en dépenses inutiles, que les riches épargnent, qu'ils accumulent et qu'ils placent, le résultat sera le même.

Écoutez J.-B. Say, parlant d'une consommation qui n'a pour objet la satisfaction d'aucun besoin réel : « Elle procure, dites-vous, des bénéfices aux producteurs des objets consommés, s'écrie-t-il; mais la dépense qui ne se

fait pas pour de vaines consommations se fait toujours. Car l'argent, qu'on refuse répandre pour des objets de luxe, on ne le jette pas dans la rivière. Il s'emploie soit à des consommations mieux entendues, soit à la reproduction. De toutes les manières, à moins de l'enfouir, on consomme, ou on fait consommer, tout son revenu ; de toutes les manières, l'encouragement donné aux producteurs est égal à la somme des revenus (1). »

« Un riche banquier, dit M. de Laveleye, consacre à des dîners, à des bals, à des fêtes de toute espèce un million par an, et il entraîne ses invités à dépenser trois ou quatre fois autant. Les marchands de modes, les tailleurs, les confiseurs, les coiffeurs, les boutiques de comestibles font des affaires d'or. Le public est enchanté, « le commerce va bien. » Arrive un prédicateur imbu (2), de la sainte rigueur des anciens pères. Il tonne contre le luxe. On l'écoute on est touché, et chacun se réforme. Plus de bals, plus de festins ; partout règne l'austérité, on se croirait chez les quakers. Quel sera le résultat d'un si grand changement? Apparemment le banquier et tout son monde ne vont pas

1. *Traités d'Économie politique*, III, 5.

2. Nous supprimons à dessein une partie de la phrase ; la voici toute entière : « Arrive un prédicateur imbu non *des théories relachées de l'Église actuelle*, mais de la sainte rigueur des anciens pères. » Cette accusation si grave de relâchement, dans une des questions les plus importantes de la morale, glissée entre deux phrases, sans que rien, ni de ce qui suit, ni de ce qui précède, la prépare ou la justifie, même de la façon la plus indirecte, nous a paru ne pouvoir être que le résultat d'une méprise du savant économiste belge. C'est pourquoi nous avons supprimé au texte la phrase incidente.

jeter leur agent dans la rivière. Qu'en feront-ils? Certes ils voudront en tirer profit. Et comment? L'un améliore une terre longtemps négligée; il plante, draîne, ouvre des chemins et répare des bâtiments; un second agrandit sa fabrique; un troisième prend des actions d'un chemin de fer, et ainsi construit pour sa part quelques mètres de la voie. En un mot tous font travailler, et d'une façon utile et productive, puisqu'ils comptent retirer un intérêt de leurs placements. Le même nombre de millions est dépensé car on ne les enfouit plus en terre. Ils alimentent la même quantité de travail, et font vivre le même nombre d'ouvriers; seulement ceux-ci sont occupés dans les campagnes, où on les voit pas, et non plus dans les ateliers du coiffeur, du confiseur, et de la marchande de modes, où on les avait sans cesse sous les yeux. Il y a donc eu non suppression, mais déplacement d'occupation (1). »

En somme, dit-on, qu'on dépense ou qu'on épargne, l'argent va toujours aux producteurs. Ce que vous admirez comme l'effet d'un luxe indispensable et nécessaire, se produirait sans son action, et suivant les expressions de J.-B. Say, « le luxe fait travailler certaines classes d'ouvriers, l'épargne fait travailler d'autres classes (2). » Le luxe paie des salaires, c'est vrai mais d'autres emplois du revenu en paient également; l'économie, par exemple, peut et doit jouer dans la répartition, le rôle que vous attribuez au luxe.

1. *Le luxe*, p. 67 et 68. Cp. Bastiat, *Sophismes économiques. La vitre cassée. Luxe et épargne.* Droz, *Économie polit.*, liv. IV, ch. VII.

2. *Cours d'Économie politique*, 1re partie, ch. XIV.

II. — Cette théorie paraît à première vue quelque peu singulière, et il semble au moins surprenant de voir assimiler des hypothèses aussi différentes en apparence. Que les riches épargnent ou dépensent, qu'ils donnent ou qu'ils prêtent, il n'importe, dit-on ; la classe ouvrière reçoit toujours autant, et c'est tout ce qui l'intéresse. Cependant, en pratique, les gens d'affaires ne confondent pas d'ordinaire ce qu'on leur paye et ce qu'on leur prête. Et si l'on venait dire à un particulier, à un petit commerçant par exemple, qu'il lui est indifférent de recevoir cent francs d'un acheteur, qui les lui doit, ou d'aller emprunter la même somme chez un banquier, qu'au fond les deux choses sont identiques, puisqu'il a dans les deux cas cent francs à sa disposition, il répondrait très bien que ce qu'il reçoit de son acheteur est pour lui une acquisition définitive, tandis que ce qu'il a emprunté au banquier, il ne l'a que pour un temps, et que tôt ou tard il le devra rendre. Pourquoi donc ce qui est vrai d'un particulier, d'un producteur, ne l'est-il pas de toute la classe ouvrière, et comment peut-on prétendre que des circonstances, si importantes, pour ce petit commerçant, sont, pour tous les travailleurs pris en bloc, parfaitement indifférentes?

Examinons les faits d'un peu plus près. Supposons, avec M. de Laveleye une société tout à coup convertie à la simplicité et à l'économie. Les riches, se bornant désormais à un train de vie aisé mais simple, renoncent à tout superflu. Toutes les futilités, toutes les inutilités disparaissent et le luxe avec elles. Les revenus des riches dépassent bientôt la somme restreinte de leurs besoins,

ils accumulent, ils placent. C'est le règne de l'économie !

Voilà des sommes considérables mises à la disposition de la production, qui s'en empare bien vite. Le capital stimule toutes les industries ; les outillages se renouvellent, on fabrique, on achète de nouvelles machines, on emploie des procédés de fabrication perfectionnés, on ouvre des canaux, et des chemins de fer, on met en culture des terres restées en friche ; la production décuple ; les anciennes usines regorgent d'ouvriers, et l'on en bâtit partout de nouvelles.

En même temps. par l'effet de la concurrence des capitaux, qui a fait descendre le taux de l'intérêt et montrer les salaires, des procédés de fabrication meilleurs, des moyen de transport plus rapides, les prix baissent. Des salaires élevés et la vie à bon marché ; c'est pour la classe ouvrière la réalisation de ses rêves, c'est l'âge d'or que, depuis si longtemps, on lui promet à chaque élection.

Jusqu'à présent l'école de Say semble donc avoir raison. Que l'argent soit placé ou dépensé directement par les riches, il va toujours à la production. L'épargne a nourri autant de travailleurs que le luxe et, elle a accru leur bien-être, en faisant baisser le prix des denrées nécessaires à l'existence.

Continuons cependant notre étude, pénétrons un peu plus avant au fond des choses, et voyons ce qui va se passer maintenant. Si le système est exact, il ne saurait se contenter de cette courte période d'application, si brillante soit-elle. La société régénérée par l'économie doit pouvoir continuer sa marche et ses progrès. Il faut que les fabriques, les usines, les ateliers continuent à pro-

duire, c'est-à-dire qu'ils trouvent le placement de leurs produits, qu'ils vendent et qu'ils soient payés. C'est donc ce qui se passe. Les producteurs vendent leurs marchandises, et dans le prix qu'ils reçoivent, ils trouvent un certain bénéfice ; c'est le but qu'ils se proposent en produisant ; s'ils ne gagnaient rien, ils fermeraient leur usine. Mais ce profit n'existerait pas, qu'ils arrivent au moins, il faut nécessairement le supposer, à couvrir les frais de production. Or, dans les frais de production il faut comprendre l'intérêt du capital engagé et une certaine prime d'amortissement, car l'argent emprunté on l'a dépensé en objets qui s'usent plus ou moins vite, mais qui disparaîtront au bout d'un certain temps, et il faudra cependant le rendre.

Mais le capital a été accru, les sommes prêtées à la production se sont augmentées de tout ce que les riches ont économisé et placé. Or, si faible que soit le taux de l'intérêt, on ne prête jamais gratuitement ; et les riches, qui donnent leur argent à la production, le font non par charité ou par philantrophie mais « pour en tirer profit », comme dit M. de Laveleye, ils stipulent donc un certain intérêt et le remboursement intégral à une époque fixée. L'intérêt et l'amortissement que doit payer la production se sont donc accrus, en même temps que le capital employé par elle. La rente que la richesse déjà produite exige, comme prix de son concours à la création des richesses nouvelles est plus lourde et de beaucoup ; car chaque somme qui a été économisée et placée l'a augmentée d'une quantité correspondante. Il y a donc une rente nouvelle, qui s'est ajoutée à celle que payait déjà la production,

rente qui n'existait pas sous le règne du luxe et de l'école relâchée, puisque l'argent que dépensaient les riches venait à la production définitivement, sans charge aucune d'intérêt, ni de remboursement. C'est la rançon de la régénération sociale, le tribut à payer à l'économie et aux gens économes. Ce tribut, ce sont donc les prix de ventes qui l'acquittent ; s'ils n'y suffisaient pas, les producteurs ne couvriraient pas leurs frais et tomberaient en faillite. Or, nous l'avons vu, la société régénérée doit non seulement marcher, mais progresser tous les jours.

Les prix de vente l'acquittent, c'est-à-dire que les acheteurs le paient. Mais qui est acheteur ? Tout le monde sans doute ; seulement, comme on ne produit plus que des objets utiles, comme toutes les superfluités, tout ce qui excite la vanité ou l'orgueil a disparu par enchantement, les riches n'ont pas augmenté la demande qu'ils faisaient d'objets utiles ; elle leur suffisait amplement, ils s'en contentent encore ; ils payent par là, comme ils le faisaient auparavant, la rente ancienne, celle du capital engagé dès avant la réforme dans les industries d'objets utiles. Mais la rente nouvelle, ils n'y contribuent pas d'un sou, ils la touchent, c'est la rémunération de leur épargne ; mais ils ne la paient pas de sorte qu'elle retombe tout entière sur les classes pauvres, qui reçoivent bien en effet comme l'ont dit les économistes de l'école de Say, la la même quantité de salaires, mais à la condition de rendre tout ce qu'ils reçoivent et de le rendre avec un excédant, qui est l'intérêt de l'argent placé ; sans compter les profits de l'entrepreneur. Seulement ce qui masque le

phénomène, c'est qu'on donne à titre de salaires, et qu'on reprend à titre de prix de ventes.

Le fond des choses est donc bien ce que le simple bon sens nous montrait déjà, et il en est de la classe ouvrière comme d'un particulier ; elle doit rendre ce qu'elle a emprunté, sous peine d'arriver à la faillite.

Et que l'on ne vienne parler ni de l'abaissement du taux de l'intérêt, qui d'ailleurs existe toujours, ni de la hausse des salaires et du bon marché de la vie. Tout cela est insignifiant ; on ne saurait en espérer même le moindre soulagement à la misère qui écraserait les classes ouvrières, si les principes de J. B. Say, et de son école étaient jamais mis en pratique. Car un fait capital domine tout : c'est que tout ce que les travailleurs reçoivent par l'intermédiaire de cette épargne bienfaisante, dont Say a si bien célébré les mérites, ne leur est acquis que par une illusion et un trompe l'œil. Qu'ils aient emprunté directement, ou qu'ils le reçoivent à titre de salaires, c'est tout un pour eux, puisque dans les deux cas ils doivent rendre tout ce qu'ils ont reçu, rendre même plus qu'ils n'ont reçu. Il y a là un cercle vicieux qui ruine toute la théorie.

III. — Si l'on veut demander aux faits la confirmation de ces déductions théorique, l'histoire économique de tous les jours est là pour la donner. C'est chose malheureusement fréquente que ces élans, cette fièvre de production qui s'empare d'une société à certaines époques. On multiplie sans mesure créations et améliorations, réformes et innovations, les usines s'ouvrent, les fabriques se créent, les sociétés de crédit se multiplient ; on pro-

duit sans limite des quantités énormes d'objets, que la consommation ne peut suffire à épuiser. Si bien que l'emcombrement des produits amène bientôt ce qu'on appelle en économie politique une crise.

Non pas que nous voulions prétendre que l'accumulation des capitaux, ou ce qui revient au même l'emploi brusque des capitaux latents, soit la seule ni même la principale cause des crises, auxquelles elle contribue d'ailleurs certainement (1). Ce que nous voulons montrer seulement, c'est que cette accumulation qui suivrait le régime de l'épargne universelle, préconisé par certains économistes, conduirait fatalement à la crise.

En réalité, en effet, les choses ne se passeront pas comme nous venons de le dire. La classe ouvrière ne pourra pas payer le tribut que lui impose l'épargne des riches, elle ne pourra pas acheter les marchandises qu'on lui offre avec tant de libéralité. Tous ces produits, qu'on se réjouissait si fort de voir mis en si grand nombre et à si bon marché à la disposition des travailleurs, les travailleurs ne pourront pas les acheter; les riches ne les achèteront pas davantage, qu'en feraient-ils? Tout cela s'entassera dans les usines, et encombrera les magasins.

Et ce stock alourdira encore le marché; si bas que tombent les prix, la classe pauvre n'achètera jamais tout, elle n'achètera jamais assez; il lui faudrait poùr cela, nous l'avons vu, donner plus, qu'elle n'a reçu. L'encombrement augmentera toujours; les fabriques qui vendaient

1. Cpr. M. Block. *Une crise économique. Revue des deux Mondes*, 15 mars 1879.

encore ne vendront plus, elles arrêteront leurs machines, et cesseront de produire; elles renverront leur ouvriers, qui se trouveront sans salaires, ni ressources. Ils chercheront du travail, et feront aux ouvriers encore occupés une concurrence terrible; le salaire baissera, sans que cependant tous puissent prétendre à cette faible rétribution; ce sera l'apogée de la crise; les faillites qu'amène la baisse des prix se produiront coup sur coup, ruinant le commerce, ébranlant le crédit, resserrant encore la consommation et faisant fuir les capitaux; jusqu'à ce que, par un mouvement toujours très-lent, le stock de production étant épuisé, la confiance renaissant, la consommation s'étende de nouveau, les fabriques se rouvrent une à une, les usines remettent en mouvement leurs machines, sous l'impulsion, non plus de l'accumulation des capitaux, mais de la consommation et de la demande, qui peuvent seules faire vivre les classes ouvrières, parce qu'en retour du travail qu'elles exigent, elles ne prêtent, pas mais elles donnent.

N'est-ce pas l'histoire de toutes les sociétés pendant les crises, et ne serait-ce pas celle de la société qui, écoutant les imprudents conseils de certains économistes, chercherait dans l'épargne seule la source de la richesse et du bien-être général?

Quelles que soient en effet l'origine et la cause réelles d'une crise, il s'y produit toujours un certain resserrement de la consommation qui diminue la demande et aggrave la misère des travailleurs. Les riches ne dépensent plus; soit qu'ils se trouvent en effet atteints dans la source de leurs revenus, soit que la défiance générale, qui est la caractéristique de ces pério-

des, les pousse à restreindre leurs dépenses et à accumuler, le plus souvent par l'effet combiné de ces deux causes. Au contraire, dès que la crise touche à sa fin, le retour de la vie économique se manifeste par l'accroisssement rapide des dépenses de luxe. Une confiance sans mesure succède à une défiance exagérée ; on met autant d'ardeur à dépenser qu'on avait mis d'ardeur à économiser. On se précipite avec une passion d'autant plus violente vers les plaisirs et le luxe, qu'on s'en est tenu plus longtemps écarté. Et en même temps, par l'effet de l'accroissement de la consommation, la production commence à se ranimer. Les salaires montent à mesure que les riches dépensent, et peu à peu la misère aiguë disparaît, et les classes pauvres retrouvent la situation que leur faisait l'état social avant la crise. Tant dépenses des riches et vie des pauvres sont liées étroitement !

Un économiste de l'école historique allemande a très bien caractérisé, et en très peu de mots, l'effet de cette épargne générale : « Si tous les riches, dit Roscher, se changeaient subitement en avares, ne vivant que de pain et d'eau, ne portant que les habits les plus grossiers, toutes les marchandises, si ce n'est les moyens de circulation (1), seraient privées des débouchés nécessaires, toutes sans en excepter même les denrées nécessaires à l'existence, puisque beaucoup de consommateurs, n'ayant plus d'occupation, devraient cesser de consommer (2). »

1. Cette réserve paraît d'ailleurs assez peu justifiée.

2. *Principes d'Économie politique,* tome II. p. 213. Comparez le curieux apologue de Saint Chamans intitulé : *Histoire de M. André, Traité d'économie politique,* appendice au tome III.

IV. — L'épargne n'est donc pas la solution du problème du luxe. Elle ne peut jamais être une solution parce qu'elle n'est pas un but, mais un moyen. D'ordinaire en effet, on n'épargne pas pour épargner, mais pour dépenser plus tard. On prive le présent pour doter l'avenir. Vouloir faire de l'épargne une règle absolue et générale, c'est préparer toujours un avenir qui n'arrivera jamais, c'est un non-sens.

Remarquons aussi en passant que l'épargne se proposant necessairement une dépense future, qu'elle prévoit et qu'elle rend possible, elle ne peut constituer non plus la solution du problème moral du luxe, et règler les dépenses des riches. On ne peut donc qu'admirer l'étrange erreur de certains économistes, qui, professant bien haut la doctrine rigoriste, et s'armant de tous les préceptes de la morale, préconisent cependant l'épargne, qui ne peut aboutir en somme qu'à préparer un luxe plus grand que celui qu'elle suprime.

La morale n'est, disons le bien, nullement intéressée au triomphe de l'épargne. En elle-même, l'épargne n'est ni un bien ni un mal : sa valeur morale lui est donnée par le motif qui la détermine, par le but qu'on se propose en épargnant, par l'emploi auquel on destine la somme qu'on veut épargner. On a dit parfois que l'épargne est une vertu, parce qu'elle est le sacrifice du présent à l'avenir. Il y a là abus des mots ; car il n'y a sacrifice et acte de vertu, que lorsque l'on préfère une idée à une passion, et le devoir à la jouissance. Mais si c'est à la jouissance de demain qu'on sacrifie la jouissance d'aujourd'hui, il y a peut être pré-

voyance ou habileté, mais à coup sûr il n'y a ni vertu, ni même sacrifice au sens vrai du mot.

C'est encore parce que l'épargne ne constitue rien de définitif, mais n'est en quelque sorte qu'une mesure provisoire qui ne touche pas au fond même des choses, qu'elle n'a pu nous donner la solution de la question du luxe. L'épargne accumule les produits mais elle n'en change pas les propriétaires. Les biens restent dans les mains où ils se trouvent, et si le prêt qui suit l'épargne et la complète déplace les choses, il ne déplace pas leur valeur. Dès lors l'épargne peut aider à la production, en lui façonnant un instrument puissant, mais elle est incapable d'exercer sur la répartition une action quelconque, et par suite de remplacer le luxe dans son rôle d'agent de répartition. L'épargne contribue à augmenter la production ; c'est son seul rôle. Mais elle ne l'affranchit pas des lois auxquelles elle est soumise. La consommation reste la règle de la production. Or l'épargne par définition restreint cette consommation. Elle doit donc nécessairement restreindre par contre-coup la production et le travail. D'où le cercle que nous avons signalé.

Ceci nous ramène incidemment à une question que nous avions abordée au chapitre III, dans la théorie des effets généraux du luxe : nous avions constaté que le luxe arrête la production en tarissant l'épargne, c'est-à-dire en employant le capital disponible à des consommations improductives. Vraie en principe et d'une façon générale, cette affirmation ne doit pas être adoptée sans réserves, lorsque l'on cherche les conséquences pratiques des doctrines, et que l'on prend pour point de départ de

ses études l'état social actuel.

La production dépendant rigoureusement de la consommation, et ne pouvant s'étendre si la demande des produits ne s'accroît, il n'y a tort fait par le luxe à la production que si celle-ci peut en réalité employer les capitaux qu'on lui voudrait amasser. En d'autres termes, pour le capital, comme pour toutes les autres choses, c'est la demande qui doit en régler la production. Avant de conseiller l'épargne, il faut voir si l'état économique de la société permet l'emploi de capitaux nouveaux. Deux ordres de faits confirment cette observation. D'une part l'énorme quantité de capitaux latents en certains pays, en France notamment, n'attendant que la demande pour venir en aide à la production, et dont on n'aperçoit l'importance que quand l'Etat ou les grandes compagnies font un appel public au crédit. Le second fait à remarquer, c'est que cette abondance de capitaux latents se rencontre souvent dans les époques de crises, quand la production est languissante, sinon arrêtée tout-à-fait. A ce propos M. de Saint-Chamans a écrit quelques lignes fort justes : « M. Michel Chevalier, dit-il, ne voit d'autre remède au triste sort des populations que d'accroître le capital et de développer tous les capitaux. Comment a-t-il pu écrire ces lignes, quand il avait sous les yeux l'exemple si récent de la révolution de février. Le 20 février, les capitaux abondaient ; il n'en manquait pour aucun des emplois que réclamait la consommation. Après le 25 février, la consommation s'arrête, plus de mouvement industriel, le corps social est paralysé ; plus de demande des consommateurs, partant plus de production, plus de travail.

Voilà d'où vient tant de détresse, et non pas du manque de capital, qui n'aurait si tôt disparu, si le consommateur avait continué à en réclamer l'emploi. Que ferait-on du capital ? Produirait-on quand rien ne se vend, faute d'acheteur, d'où il résulte qu'on ne veut plus produire? Et cependant l'auteur engage à créer du capital par l'épargne, quand il faudrait créer les dépenses et la consommation (1) ! »

En résumé, l'épargne ne peut donner à la production une aide efficace que si l'état de la demande permet la vente d'une plus grande quantité de produits. L'emploi des capitaux dépend en dernière analyse de ce que les consommateurs auront à offrir en échange des produits qu'ils désirent. L'épargne ne peut s'accroître que si la consommation s'accroît, elle est limitée par la répartition : son développement est lié à la question du luxe ; elle ne peut donc servir à la trancher.

1. *Traité de l'Économie publique*, I, page 334.

CHAPITRE VI

LA QUESTION SOCIALE DU LUXE

I. — Le luxe des riches ne fait pas qu'entretenir les classes pauvres; il les peut parfois enrichir. Il ne donne pas seulement le pain quotidien aux ouvriers qu'il fait travailler, mais encore une certaine aisance, un certain bien-être relatifs. Tandis que les besoins naturels sont bornés, le luxe est de son essence insatiable. Jamais il ne s'arrête pour se reposer dans la jouissance satisfaite de ce qu'il possède; jamais il ne dit : c'est assez. Les besoins qu'il engendre se succèdent à l'infini, et dix besoins nouveaux viennent remplacer celui que vous avez satisfait. La demande qu'il fera du travail ne sera donc limitée que par les ressources dont il dispose. Où le luxe règne véritablement, les riches dépenseront tout leur revenu, qui passera tout entier aux mains des classes pauvres.

Ils dépenseront parfois même davantage, et il ne sera pas rare que des individus ou des classes consomment en dépenses de luxe leur capital, qui ira enrichir les classes inférieures. Si ce fait est assez général, il pourra même amener l'avènement politique et social de classes nouvelles.

Qu'on interroge l'histoire, et l'on verra le luxe apparaître comme une cause fréquente du déplacement de la

richesse et de la puissance. Les périodes de grand luxe, ou de grandes dépenses sont presque toujours suivies de l'appauvrissement, et par suite de l'abaissement des classes jusque-là dominantes, car richesse et puissance politique ne vont pas longtemps l'une sans l'autre. Du sein des classes ouvrières sort alors une nouvelle aristocratie, celle de l'argent, qui, enrichie par les dépenses des grands, se mêle à l'aristocratie ancienne, et d'abord son alliée, puis sa rivale, la supplante et la supprime. Sans nier l'influence prépondérante des causes politiques, morales ou religieuses, on peut attribuer légitimement une certaine part dans les faits sociaux au déplacement de la richesse. Les causes économiques ne jouent sans doute dans les phénomènes de la vie des nations qu'un rôle secondaire, mais leur action, pour être bornée, n'en est pas moins certaine.

C'est ainsi que M. Batbie rapporte très justement (1) aux dépenses que les seigneurs firent aux XI[e] et XII[e] siècle pour les croisades la naissance de la bourgeoisie en France. A cette formation de la classe moyenne, qui est un des faits les plus saillants de cette époque, d'autres causes ont puissamment aidé; en première ligne le développement du pouvoir royal qui, cherchant un soutien à sa fortune naissante, éleva les classes bourgeoises pour s'apuyer sur elle ; puis le grand mouvement commercial qui suivit les croisades et qui concourut, bien plus encore que les dépenses de la noblesse, à l'enrichis-

1. Conférence à la Sorbonne. *Revue des cours littéraires*. Années 1865-66, page 465.

sement des marchands. Mais ces dépenses ont exercé, à l'origine surtout, une influence incontestable, et, quelles que furent les causes qui contribuèrent ensuite à l'élévation des classes moyennes, c'est de là qu'est partie leur fortune.

En même temps qu'elle se pose en puissance politique par le grand mouvement de la rénovation des communes, la classe bourgeoise affirme sa richesse et sa puissance nouvelles en face de l'appauvrissement et du déclin d'une partie de la noblesse. L'établissement de Philippe le Hardi, qui vers la fin du XIII[e] siècle interdit aux roturiers l'achat des terres nobles, montre l'étendue et l'importance de ce mouvement. La royauté, qui s'appuiera plus tard si volontiers sur la bourgeoisie, s'inquiète même de ce pouvoir nouveau qui se dresse dans l'état, de ces hommes inconnus qui surgissent de l'ombre noirâtre des foules. On voit en même temps la bourgeoisie déjà riche et s'emparant de la grande force du temps, de la propriété foncière, source de toute puissance aussi bien que de toute richesse. Elle en détient déjà une partie, et un légiste contemporain Philippe de Beaumanoir suppose, non seulement comme chose possible, mais presque comme chose normale cette possession de biens nobles par des roturiers. Enfin, quelques années plus tard viennent les fameux édits somptuaires de Philippe-le-Bel. C'est que la classe bourgeoise ne se contente plus de la fortune et de la puissance, elle y veut ajouter les signes extérieurs qui les révèlent à la foule, et s'égaler par son luxe aux gentilshommes eux-mêmes. Le roi s'en indigne et essaye de remettre chacun en son rang; mais il est

déjà trop tard, la classe bourgeoise est constituée comme corps social, et sa puissance politique, qui commence en 1302 aux Etats-Généraux réunis dans l'église Notre-Dame de Paris, où elle apparaît officiellement pour la première fois, ne cessera désormais de grandir jusqu'à la révolution de 1789 qui la portera à son apogée.

II. — Mais ce n'est qu'à quelques élus de la classe ouvrière que le luxe des riches ouvre ces vastes horizons et promet ainsi la richesse et la puissance; à cette fortune la masse ne peut prétendre. Pour elle ce qui importe ce sont les conditions journalières de la vie, c'est le taux de la rémunération quotidienne. A ce point de vue, il faut remarquer que le luxe offre à tous les ouvriers qu'il emploie un salaire en moyenne plus élevé que le salaire des autres industries. Le travail de luxe est mieux payé, car c'est une règle presque générale que plus la profession exige d'intelligence et mieux elle est rémunérée. Il l'est encore parce que la dépense est faite par des gens qui peuvent payer largement, et qui, s'attachant avant tout à certaines qualités de fini et d'achèvement, ne regardent pas au prix. Le coût de production, point capital dans les autres industries, n'a que peu d'effet sur la demande des objets de luxe. Une différence même assez considérable de prix, ne suffit souvent pas à déplacer la clientèle et à modifier les habitudes des acheteurs. La loi de l'offre et de la demande agit donc sur les objets de luxe avec moins de brutalité que sur les autres produits et le salaire s'y mesure moins rigoureusement au service rendu et à l'état du marché. C'est ce que montre l'étude la plus superficielle des salaires des ouvriers du luxe.

Il y a sans doute à tenir compte dans l'appréciation des résultats qu'on constate, de l'habileté personnelle et de l'intelligence de l'ouvrier; les ouvriers de la plupart des industries du luxe forment l'élite de la classe ouvrière. Mais il y a aussi un supplément de rétribution qui n'est dû qu'au genre de travail; et puis c'est précisément un des caractères des industries du luxe de pouvoir payer l'intelligence et l'habileté. Dans les travaux grossiers, les salaires sont presque tous égaux, parce que c'est l'effort physique presque seul qui est rémunéré; l'important c'est que l'ouvrage soit fait, la façon dont il le sera est peu de chose. Pour les ouvriers du luxe, au contraire, les différences sont beaucoup plus considérables, selon les industries et même selon les ouvriers, parce que la part des qualités personnelles est plus importante.

M. d'Haussonville, étudiant les salaires des ouvriers parisiens, les divise en 3 catégories (1). Dans la première classe il place les professions où, l'effort physique étant peu de chose, l'habileté manuelle et l'intelligence ont la plus grande part; c'est l'aristocratie des ouvriers : bijoutiers, orfèvres, imprimeurs, graveurs, etc., la plupart sont employés par le luxe. Le salaire habituel va de 7 à 10, fr par jour, le salaire élevé de 10 à 15 fr, le salaire exceptionnel, qui n'est payé qu'à une habileté professionnelle toute spéciale de 15 à 30 fr. Dans la deuxième catégorie la part de l'intelligence diminue et celle de l'effort physique augmente; elle comprend encore certains ouvriers du

1. *La vie et les salaires à Paris. Revue des deux Mondes*, 15 avril 1883.

luxe, mais peu, la plupart ayant pris place dans la première classe. Le salaire oscille entre 5 et 12 fr. La moyenne a diminué; l'écart entre les extrêmes est moindre aussi. Enfin dans la troisième classe, c'est presque l'effort physique seul qui est rémunéré. Le travail tout matériel n'exige ni aptitude spéciale, ni apprentissage préalable ; c'est la grande classe des parias de l'industrie, des hommes de peine, selon la vive expression de la langue populaire ; le salaire est beaucoup plus bas, et ses variations bien moins fortes. Du maximum de 4 fr. il descend souvent à 3 fr. 50 ou 3 fr. 25, quelquefois même, mais dans des cas heureusement rares, l'homme de peine ne reçoit que 3 fr. ou même 2 fr. 75, ce qui est tout à fait insuffisant (1).

La situation des ouvriers du luxe présente donc à ce point de vue une supériorité très marquée. Si l'on faisait une étude complète de leur condition (ce que nous n'avons pas l'intention de faire, car, partis des doctrines très générales, et un peu abstraites de l'école économiste classique, nous nous maintenons forcément sur le même terrain), il y aurait bien d'autres points à signaler et bien des différences à relever. La nature du travail par exemple; celui qu'exige la confection des objets de luxe sera moins dur et matériellement plus facile. Pas de ces efforts violents et répétés, de cette tension continuelle qu'imposent trop souvent le travail de l'usine, pas de cette lourde fatigue qui suit un travail trop pénible, et dont l'ouvrier va trop souvent demander l'oubli aux sensations excitantes de l'alcoolisme. Il y aurait aussi à comparer aux terribles

1. Pour les femmes on pourrait faire les mêmes observations, mais tous les chiffres sont bien plus bas.

effets de la concurrence dans la production des choses utiles, les effets, terribles aussi parfois, des variations de modes dans les industries du luxe. Il faudrait enfin se préoccuper de l'influence morale que le luxe exerce sur ces ouvriers, dont la vie se consume à préparer des jouissances qu'ils ne connaîtront jamais; et, en prenant les choses par ce côté, il y aurait des remarques très importantes à faire sur l'action pernicieuse du spectacle du luxe, besoins de dépenses, surexcitation de la vanité, de l'envie, (1) etc.

Tout cela n'est pas de notre ressort. Nous voulons seulement relever ce fait, que le luxe paie plus largement le travail qu'il demande, et qu'il est ainsi pour les classes ouvrières une source d'aisance et de bien-être. On a souvent confondu le luxe avec l'augmentation générale des consommations (2). Nous avons critiqué cette assimilation quand nous recherchions la définition du luxe. Mais si elle n'est pas parfaitement exacte quant au sens précis des mots, cette façon de présenter les choses contient une certaine part de vérité. On n'a pas tort d'associer l'idée de l'augmentation du bien-être des classes ouvrières à celle du luxe. S'il n'y a pas identité, il y a bien étroit. C'est le luxe des riches qui, en offrant à la classe ouvrière un travail abondant et bien payé, permet cette

1. Cpr. le très curieux chapitre intitulé *perle vraie et perles fausses* dans le roman de A. Daudet: *Fromont jeune et Rissler aîné*.

2. M. Baudrillart. *Economie politique populaire*. Voir aussi M. Leroy Beaulieu dans quelques passages de son *Essai sur la répartition*.

augmentation générale des consommations. Si cette diffusion du bien être, si désirable à tous égards, n'est pas le luxe, qui n'est que la dépense des ric hes, elle est un des effets du luxe.

III. — Tout confirme donc la façon dont nous étions arrivés à concevoir le rôle du luxe dans la répartition. Le luxe est nécessaire dans les sociétés fondées comme les sociétés modernes, sur l'appropriation individuelle. duelle. Il corrige les conséquences fâcheuses de l'inégalité des fortunes en faisant passer la richesse de ceux qui en ont trop à ceux qui en manquent. Sans lui les riches sont sans besoins, et les pauvres sans travail : c'est le luxe qui en faisant dépenser les riches donne aux pauvres le moyen de subsister. Par cette action sur la répartition il assure la vie des sociétés. Cette question de répartition est en effet une question capitale pour les états. Il faut que les pauvres vivent, il faut que ceux qui n'ont rien trouvent cependant le moyen de subsister. Aussi lorsqu'on veut suivre dans la réalité des faits l'application des idées théoriques, ce côté des choses prend-il une importance toute particulière. Qu'importe en effet la richesse et la prospérité d'un état (si un état peut être riche et prospère quand beaucoup de ses membres manquent du nécessaire) ; qu'importe cet éclat factice, si brillant qu'il paraisse, lorsque la répartition de ce qu'on produit ne se fait pas ou se fait mal, lorsque tout ce qu'on fabrique reste concentré aux mains de quelques particuliers, richesse pour eux sans doute mais encombrement stérile pour l'état qui ne voit de richesse que là où il peut y avoir utilité véritable et satisfaction réelle des besoins. Stuart Mill remarque très

bien cette importance de la répartition « c'est une grande erreur, dit-il, de regretter la proportion considérable du produit annuel employé à la consommation improductive. Ce qu'il faut regretter, c'est la monstrueuse inégalité avec laquelle se fait la répartition de ce fonds (1). » On peut donc en résumé, dire que dans nos sociétés le luxe est surtout agent de répartition et que le problème économique du luxe est surtout un problème de répartition.

Mais si cet effet du luxe est capital, les effets que nous lui avons déjà reconnus (2), et qu'il produit en tant que consommation, n'en subsistent pas moins. Le rôle du luxe dans la répartition, tout en contredisant parfois les conséquences qu'on à voulu en déduire, ne touche pas aux principes eux-mêmes. Les dépenses de luxe restent dépenses stériles, et les consommations de luxe consommations improductives, et elles nuisent à la société en diminuant la masse de ce que l'on pourrait produire. Si le luxe rend à nos sociétés un service indispensable, il ne le fait qu'aux prix d'effets mauvais. Employer à des jouissances de superflu ou de vanité, une somme considérable du travail humain peut être nécessaire pour corriger les effets de la distribution actuelle des biens, mais ce ne sera jamais un acte rationnel et bon en soi.

Ces effets généraux restent donc. Il reste vrai de dire que le luxe nuit à la production; seulement il faut mettre en regard l'effet utile sur la répartition, et

1. *Principes d'Economie politique*, tome I, p. 60.
2. Voyez chapitre III. *Effets généraux du luxe*.

règler l'application d'après ces deux effets. Ce qu'il faut retenir en résumé, c'est que l'application directe de la théorie des effets généraux du luxe, rencontre dans l'appropriation individuelle un obstacle dont il se faut préoccuper. C'est en un mot qu'il ne suffit pas de supprimer le luxe pour augmenter la production et enrichir les états, il faut le remplacer par un agent de répartition dont les effets égalent les siens.

Le point faible de toutes les théories qui partent des effets de consommation du luxe, c'est qu'elles supposent une sorte de communauté universelle des biens, qui n'est et ne sera peut-être jamais qu'un beau rêve. Sur la masse des richesses produites, elles accordent à chacun des droits égaux, tandis que dans la réalité, force physique ou morale, intelligence, fortune, puissance, tout est inégalement réparti. C'est pourquoi parties d'abstractions elles aboutissent à des abstractions ; ne se préoccupant pas des faits pour établir les principes, elles se heurtent aux faits dès qu'elles essayent de les appliquer.

IV. — On voit bien maintenant les termes dans lesquels se pose le problème social du luxe. Le luxe est mauvais, il consume en dépenses aussi stériles que superflues une part considérable du travail humain. Mais le luxe a un rôle utile, indispensable, et dont il faut tenir compte, si l'on veut parler de le supprimer ou même de le modérer. On ne pourra prêcher la suppression du luxe, sans apporter un remède tout prêt aux maux qu'entraînerait sa disparition. La faute capitale de certains économistes a été de ne voir qu'un côté de la question, et de négliger

la répartition, s'imaginant que l'épargne seule suffirait à remplacer le luxe. « Tant que la nature de la généralité des hommes n'aura pas été transformée par la philosophie ou la religion, disait récemment M. Leroy Beaulieu à l'Académie des sciences morales et politiques, ce serait au point de vue économique une erreur fondamentale de vouloir supprimer le luxe (1). »

Il y a parmi les économistes une école qui a bien pénétré la complexité du problème, et qui en a bien posé les termes. Les socialistes suppriment la propriété individuelle, et font disparaître l'inégalité des conditions. L'état, qui est dans le système l'unique source de toute action, l'unique principe de toute activité, est aussi l'unique agent de répartition. Les effets généraux du luxe se produisent complétement dans le système socialiste; aucun phénomène contraire ne vient entraver ni gêner leur marche. Le fond du socialisme est en effet cette égalité des fortunes et des conditions, et cette communauté des biens que la théorie des effets généraux du luxe suppose. Ce qui montre, soit dit en passant, le lien étroit qui unit aux doctrines socialistes les doctrines de l'école des économistes classiques. Les unes et les autres partent d'une même conception, elles considèrent « l'humanité comme un seul homme, obligé de satisfaire à ses besoins par son labeur (2). » Et c'est sur cette donnée abstraite qu'elles bâtissent tout leur système.

Mais nous n'avons pas à discuter ici la théorie socia-

1. Séance du 6 août 1887.
2. Laveleye. *Le luxe*, p. 30.

liste. Ce que seraient ses conséquences, si elle venait jamais à être appliquée, nul ne peut le savoir. On peut seulement se demander si la force seule de l'état suffirait à remplacer toutes les forces particulières que l'on brise, et si même la force de l'état est quelque chose d'assez distinct de celles de ses membres pour que la puissance de l'un puisse sortir de la ruine des autres. On peut se demander ce que seraient les sociétés d'où la propriété individuelle et par une suite nécessaire, l'intérêt privé auraient disparu ; tout ne sombrerait-il-pas dans la réforme ?

Seulement si l'on répugne à se lancer à l'aveugle dans les périls d'une aussi redoutable aventure, le problème reste et dans les mêmes termes. Le luxe demeure un agent de répartition indispensable. Et cependant le luxe a des effets économiques mauvais, il a surtout ses abus, ses dangers, ses excès ; il faut pouvoir au moins le limiter et le borner (car au fond ce n'est que de la modération du luxe qu'il peut s'agir en pratique).

Le luxe a tout d'abord des effets sociaux funestes ; il divise en deux castes profondément distinctes les fils d'un même pays, d'un même sang, d'une même langue ; il en fait comme deux peuples séparés et parfois hostiles. Ajoutons que le luxe des riches entraîne souvent, par la contagion des dépenses, la prodigalité des classes pauvres. Le spectacle de ses raffinements de jouissance ou de plaisir surexcite les désirs de ceux qui n'y pourraient prétendre. Les moins riches veulent imiter le faste, dont les classes supérieures donnent l'exemple. D'où une émulation de dépenses, de prodigalité et de ruine, qui peut

atteindre gravement les sources de la richesse sociale (1). Alors comme par une sorte de revanche des lois générales, qui en face d'un luxe général reprennent leur empire et leur action, la richesse sociale peut périr par l'excès des dépenses dans une sorte de banqueroute universelle.

Enfin, il y a la morale qui commande de la façon la plus impérieuse de limiter le luxe. Nous n'avons rien à dire là-dessus. Effets démoralisateurs et énervants chez l'individu, ferments de haine et de discorde dans les sociétés, tout a été décrit depuis longtemps; les pires vices, on l'a souvent remarqué, peuvent sortir de l'excès du luxe. Pour satisfaire à un luxe excessif tous les moyens sont bons, et l'on peut de chute en chute en arriver aux déprédations des Verrès et des Borgia.

Le problème se ramène donc à trouver un agent de répartition qui puisse remplacer le luxe, au moins en partie, en exerçant une action égale à la sienne et permettre par là de la modérer. Au problème ainsi posé l'Église catholique, a répondu depuis longtemps par sa double théorie du renoncement et de la charité.

Le renoncement supprime ou modère le luxe, et rend disponibles les sommes qu'il dévorait ; la charité les dispense à ceux qui n'ont pas assez.

Voyons si la solution répond au problème économique, dans les termes où il se présente. C'est par là que nous terminerons ce travail.

1 Cp. Ch. Périn *De la richesse dans les sociétés chrétiennes.* Tome III,p. 468 et suiv.

CHAPITRE VII

LE LUXE ET LA RELIGION CATHOLIQUE

1. — Avant d'entrer dans l'exposé et dans l'examen de la théorie catholique de la charité et du renoncement, il ne sera peut-être pas inutile d'indiquer en peu de mots pourquoi nous demandons à la religion la solution du problème social du luxe. Il faut remarquer d'abord que l'économie politique est absolument impuissante à la donner, son point de vue est trop borné ; science de la richesse et de ses lois, elle ne donne des lumières et des solutions que sur ce qui se rapporte uniquement à la richesse et à ses lois. Lui demander autre chose, ce serait commettre une erreur semblable à celle des économistes, qui, trompés par la théorie des consommations improductives ont prêché l'épargne à outrance comme solution définitive de la question du luxe.

C'est que « les richesses, suivant la remarque de Saint « Thomas d'Aquin, ne sont recherchées qu'en tant qu'elle « sont le soutien de la nature humaine. Elles ne peuvent « pas être la fin dernière de l'homme : au contraire elles se rapportent a lui comme à leur fin (1). »

1. *Somme théologique*. 1ª 2æ, quest. II, art. 1.



La science des richesses est donc par son objet même une science essentiellement relative. Elle se rapporte à quelque chose de secondaire et de contingent, à quelque chose qui n'existe pas pour lui-même mais pour un autre. Par suite sur aucun point elle ne donne de réponses absolues et définitives. Ce qu'elle enseigne participe de sa relativité et jamais le dernier mot ne saurait lui appartenir. Si la richesse n'existe qu'en vue des besoins qu'elle peut et doit satisfaire, son existence et ses lois sont subordonnées à l'homme et à ses besoins; c'est dans l'étude de la nature de l'homme que l'on doit trouver les principes de toute l'économie politique. Or, quelle science peut entrer plus avant que la religion dans la nature et le cœur de l'homme, quelle est celle qui peut mieux expliquer ses désirs, ses passions, ses besoins même. Il est donc naturel de lui demander la solution dernière des problèmes économiques.

Ajoutons qu'il y a dans le problème du luxe, tel qu'il se présente dans nos sociétés modernes, une contradiction et un conflit que la science seule ne peut résoudre: Contradiction entre les lois générales de la production qui montrent dans le luxe une cause de misère et d'abaissement et les lois de la répartition qui en font un élément essentiel de la vie sociale; conflit entre les intérêts privés de la classe riche qui détient la richesse et de la classe pauvre qui la désire. En face de ces antinomies la science reste impuissante, elle les étudie, les analyse, en montre parfois les causes; mais elle ne peut y porter le remède nécessaire parce que ce remède doit sortir, comme le dit M. Leroy Beaulieu, d'une transformation véritable des

individus (1). Il faut transformer les riches et les pauvres pour amener l'accord de leurs intérêts privés et de l'intérêt social. Au conflit des intérêts, il faut substituer l'harmonie des volontés concordantes ; au combat, la paix ; à l'échange des valeurs, le don et l'amour réciproques.

Cette transformation aucune science ne pourra jamais l'accomplir ; les abstractions ne remuent pas assez les hommes pour cela. Pour ébranler l'intérêt propre si vigoureusement implanté au fond du cœur humain il faut y pouvoir pénétrer et savoir y toucher les fibres secrètes. Seule la religion le peut faire.

II. — Pour nous la solution définitive de la question du luxe c'est la charité.

Or, c'est le christianisme qui a le premier introduit l'idée de charité dans le monde :

« Neque ille
« Aut doluit miserans inopem, aut invidit habenti »

disait le poète ancien, et si nous écoutons les sages du monde romain, les disciples de Zénon : « Ne te lamente pas avec ceux qui pleurent » est un des préceptes de Marc-Aurèle. La charité n'existait pas dans le monde ancien : la chose et le nom y étaient également inconnus, bien que dans les vingt volumes d'ouvrages de Cicéron l'on ait pu trouver une fois le mot qui allait devenir si banal : *caritas humani generis*. C'est le Christ qui a apporté la charité sur la terre. Aujourd'hui encore ce sont les chrétiens qui la répandent et la soutiennent, et

1. V. Chapitre VI.

ce sont surtout eux qui la pratiquent. Après avoir longuement étudié les merveilles de la charité parisienne, après avoir passé en revue la charité laïque et la charité religieuse, les œuvres protestantes, juives et catholiques, M. Maxime du Camp conclut ainsi : « Cependant au mi-
« lieu des dévouements quė j'ai eu la bonne fortune d'é-
« tudier, il en est qui plus que d'autres ont ému le
« profond de mon être. Lorsque ma pensée se reporte
« vers les créatures d'abnégation que j'ai vues à l'œuvre
« de la vertu divine et en qui semble vibrer l'âme du bon
« Samaritain, c'est vous Petites-Sœurs des pauvres et
« c'est vous Dames du Calvaire qu'évoque mon souve-
« nir attendri (1). »

Parmi ceux qui portent haut la bannière de la charité, l'Église catholique est donc au premier rang, et nous pouvons sans crainte nous adresser à elle pour lui en demander la théorie ; c'est ce que nous voulions retenir de cette citation. Bien loin de nous d'ailleurs la pensée de contester les efforts des autres religions ou des autres doctrines et de nier la puissance de la charité protestante, juive ou laïque. Dans toutes les sectes et dans tous les partis, il y a des dévouements admirables ; partout on rencontre l'effort de la charité pour soulager la misère et la souffrance. Et si la charité peut jamais donner la solution des problèmes économiques ou sociaux, ce ne sera, dans l'état actuel des sociétés modernes au moins, que par l'accord de toutes les volontés et de toutes les forces vers un but commun de concorde et de relèvement.

1. L'assistance par le travail. *Revue des Deux-Mondes*, 15 janvier 1888.

En dehors de nos préférences personnelles du reste d'autres considérations devaient encore, ce semble, nous tourner vers l'Église catholique : ce sont les caractères tout particuliers de la théorie catholique de la charité. La religion catholique fait en effet de la charité non seulement une vertu et une vertu essentielle, mais un des fondements de l'ordre social. Aimer les autres et leur faire du bien est un précepte général obligatoire pour tous, riches ou pauvres et c'est pour cela que l'Église le présente comme le remède le plus efficace aux maux sociaux, non qu'elle prétende les guérir ; elle sait que le Christ a dit à ses disciples : « Vous aurez toujours des « pauvres parmi vous » ; mais elle espère les soulager et elle les soulage en effet.

Enfin, et c'est à notre point de vue une considération importante, l'Église catholique donne à la charité par la théorie du renoncement dont elle l'accompagne un caractère et une puissance toutes particulières. Il y a quelque chose d'absolument spécial au catholicisme et qui suffirait à justifier le choix que nous faisons, s'il en était besoin.

Remarquons bien d'ailleurs que nous ne prétendons nullement nous poser ici en réformateurs, et introduire dans le monde un principe nouveau qui le transforme et le régénère. La charité est dans le monde qui ne vit que par elle : comme le grain de sénevé de la parabole, la parole du Christ : « aimez-vous les uns les autres » a germé et poussé ses racines au plus profond des sociétés. Tout n'y est pas harmonie, mais tout n'y est pas lutte et discorde parce que l'amour y a répandu sa loi.

Si nous proposons la charité comme une solution, c'est parce qu'on l'a vu, le jeu des principes économiques, si ces principes agissaient seuls, amènerait une lutte fatale et un conflit sans issue entre les lois de la prospérité et les lois de l'existence des sociétés. Le luxe ruinerait les sociétés qui ne pourraient cependant vivre sans lui, qui ne subsisteraient même que par lui. C'est là la contradiction qu'il faut résoudre. Nous disons simplement que la charité la résout parce qu'elle permet l'existence des sociétés sans le luxe.

Nous allons d'abord exposer en peu de mots comment la théorie catholique du renoncement modère le luxe, puis nous examinerons les effets économiques de la charité.

III. — L'Eglise catholique a toujours condamné le luxe. Elle l'a condamné d'abord en lui-même et parce qu'elle y a vu la manifestation la plus directe en même temps qu'une des causes les plus profondes de cet attachement aux biens de la terre qui est le grand empêchement à la perfection chrétienne. Elle l'a condamné en second lieu parce qu'il enlevait aux pauvres les biens que Dieu n'avait donnés aux riches que pour leur dispenser. Depuis les Pères de l'Eglise et leur satire si connue de ces excès de luxe et de corruption où s'abîmaient les sociétés antiques (1) jusqu'à nos jours, le langage des prédicateurs n'a jamais varié. Le luxe est un mal : la recherche du luxe est indigne d'un parfait chrétien.

1. Comp. Baudrillart, *Histoire du Luxe*, t. II, p. 401 et suiv. La satire chrétienne du luxe aux premiers siècles.

Tous ces points sont d'une banalité telle que nous ne faisons que les indiquer. Nous citerons seulement, pour préciser, quelqus passages du grand orateur chrétien du XVIIe siècle, de Bossuet.

« Mais ô désordre de nos mœurs ! ô simplicité mal ob-
« servée, dit-il. Qui de nous fait à Dieu cette prière dans
« l'esprit du christianisme : Seigneur donnez-moi du pain,
« accordez-moi le nécessaire? Les lèvres le demandent,
« mais cependant le cœur le dédaigne. Le nécessaire,
« quelle pauvreté ! sommes-nous réduits à cette misère ?
« Eh bien ! mes frères, je donne les mains, ne vous con-
« tentez pas du nécessaire, joignez-y la commodité et
« encore la bienséance. Mais quelle honte que vous vous
« teniez malheureux de vous contenir dans ces bornes,
« que l'excès vous soit devenu nécessaire ; que vous esti-
« miez pauvre tout ce qui n'est pas somptueux et que
« vous osiez après cela demander du pain et que vous le
« demandiez à Dieu même qui sait combien vous méprisez
« ce présent, que les millions ne suffisent pas pour con-
« tenter votre luxe! Et vous ne rougissez pas d'une si
« honteuse prévarication à la sainte profession que vous
« avez faite! On en rougit si peu qu'on fait parade du
« luxe jusque dans l'église, qu'on le mène en triomphe
« aux yeux de Dieu même!..... Donc, mes frères, consi-
« dérant attentivement aujourd'hui à quels déborde-
« ments nous emportent la curiosité et le luxe, résolvons
« avant que de sortir d'ici de retrancher désormais de
« notre vie ces superfluités prodigieuses (1)...... »

1. Premier sermon pour le quatrième dimanche de carême, sur nos dispositions à l'égard des nécessités de cette vie.

Quels traits plus forts les plus rigoristes des économistes ont-ils trouvés, quelle condamnation plus sévère ont-ils portée? Seulement le prêtre parle ici du haut de la chaire chrétienne avec une autorité et des accents que le langage de la sagesse humaine ne peut imiter? Et puis écoutez la conclusion. Il ne s'agit plus de bien-être, de prospérité ou de richesse. On ne vante ni les charmes d'une vie modeste ni l'*aurea mediocritas* du poète épicurien. Le prédicateur va droit au vif de la question : et il la tranche d'une main sûre. Ce sont les pauvres dont il s'occupe, c'est la charité qui doit chasser le luxe et l'aumône remplacer les dépenses.

« L'âme, continue Bossuet, n'a de capacité pour contenir « qu'autant que Dieu lui en donne: Dieu lui en donne « jusqu'à une certaine mesure. Ce qui est au-delà s'écoule « par-dessus et se perd comme dans un vaisseau trop « plein, mettez-le dans les mains des pauvres, parce que « c'est un lieu où tout se conserve. « La main des « pauvres, dit saint Pierre Chrysologue, c'est le coffre de « Dieu, » c'est où il reçoit son trésor, ce que vous y mettez « Dieu le tient éternellement sous sa garde et il ne se dis- « sipe jamais. »

La charité est la grande loi de l'Eglise catholique : et la parole du Christ « Si vous voulez être parfait vendez « tout ce que vous possédez, donnez-en le prix aux pauvres, « et suivez-moi (1) » reste toujours la règle de la perfection chrétienne.

1. Saint Matthieu. XIX 21.

Mais à côté de ces conseils de perfection il y a la loi impérative qui oblige tous les chrétiens : Ce caractère de devoir strict de la charité est bien marqué dans ces paroles du même prédicateur ; « Le mauvais riche, dit Bos-
« suet, nous fait bien connaître qu'outre cette ardeur fu-
« rieuse qui étend la main aux violences, elle (la cruauté) a
« encore cette dureté qui ferme les oreille aux plaintes,
« les entrailles à la compassion, les mains aux secours.
« C'est, Messieurs, cette dureté qui fait des voleurs sans
« sans dérober et des meurtriers sans verser de sang. Tous
« les saints pères disent d'un commun accord que le
« riche inhumain de notre Évangile a dépouillé le pauvre
« Lazare, parce qu'il ne l'a pas revêtu, qu'il l'a égorgé
« cruellement parce pas qu'il ne l'a nourri ; *Quia non pa-*
« *visti occidisti*. Et cette dureté meurtrière est née de son
« abondance et de ses délices (1) .»

Et ailleurs : « L'obligation d'assister les pauvres est
« marquée si précisément dans notre Évangile, qu'il n'en
« faut point après cela rechercher des preuves : et tout
« le monde entend assez que le refus de faire l'aumône
« est un crime capital puisqu'il est puni du dernier sup-
« plice. « Allez maudits au feu éternel parce j'ai eu
« faim dans les pauvres et vous ne m'avez point donné
« à manger, j'ai eu soif et vous m'avez refusé à boire » et
« le reste que vous savez. C'est donc une chose claire et qui

1. Sermon pour le jeudi de la 2e semaine de carême : prêché devant le Roi, sur l'impénitence finale.

« n'a pas de difficulté que le refus de l'aumône est une cause « de damnation (1). »

La charité est donc un devoir strict, que chacun accomplira suivant sa condition et ses ressources, mais qui est imposé à tous. Le renoncement de même du moins aux abus et aux excès du luxe. Voyons les conséquences économiques de ces préceptes.

1. Sermon pour le lundi, de la 1ère semaine de carême, sur l'aumône.

CHAPITRE VIII

LA CHARITÉ

I. — Le catholicisme modère le luxe. Il tend même à le supprimer, et il ne sacrifie pas pour cela la propriété, base de notre organisation sociale moderne; il ne lance pas les sociétés dans des aventures dont nul ne peut mesurer les périls ni prévoir l'issue. Sa doctrine satisfait à la morale la plus sévère.

Il reste à examiner si la charité qu'il met à la place du luxe peut en effet le remplacer dans son rôle si important d'agent de répartition.

Nous n'hésitons pas à affirmer que la charité est un agent de répartition au moins aussi général et aussi puissant que le luxe. Tout d'abord la charité fait passer les biens des riches aux pauvres. Cela est évident. L'aumône, qui est loin d'être toute la charité, mais qui en est cependant une partie essentielle, fait participer ceux qui n'ont pas, à la fortune de ceux qui ont. Elle est donc, par ce premier effet, éminemment propre à remplacer le luxe et à corriger les conséquences de l'appropriation individuelle et de l'inégalité des fortunes.

Mais si ce premier côté des choses saute aux yeux, il en est un second non moins important et qu'on a souvent affecté de ne pas voir. La charité en effet ne fait pas vivre que ceux qui reçoivent d'elle directement, que les pau-

vres au sens étroit du mot. En même temps qu'elle donne sans rien exiger en retour à ceux qui ne peuvent pas travailler, elle donne à ceux qui peuvent et veulent travailler en leur offrant des débouchés, en achetant indirectement le produit de leur travail. En effet l'argent qui va aux malheureux, l'argent qu'on leur donne, ils ne l'entassent pas d'ordinaire ; ils s'en servent pour satisfaire leurs besoins, ce qu'ils font en achetant les produits qui leur sont nécessaires. Par là ils font du travail des producteurs, des ouvriers, une demande justement égale à la somme qu'ils ont reçue ; par là la part de richesses qui a été consacrée à l'aumône fait vivre non-seulement ceux qui ne peuvent travailler et à qui elle a été donnée directement mais encore ceux qui travaillent et à qui elle vient indirectement par la demande de produits que font les pauvres qu'on a secourus. Toute somme dépensée en aumônes va non-seulement aux pauvres à qui on la donne, mais par contre-coup aux ouvriers qui fabriquent ce que les pauvres achètent. L'aumône constitue comme le luxe une demande véritable de travail, elle produit exactement le même effet que l'achat direct des marchandises.

Souvent même en fait l'intermédiaire est supprimé et l'effet se produit directement. Cela a lieu quand l'aumône est faite en nature. Au lieu de donner de l'argent, qui est souvent mal employé, beaucoup de sociétés de bienfaisance distribuent des objets de première nécessité, pain, viande, vêtements, linge, chaussures ou charbon (1).

1. Cpr. : Maxime du Camp, *L'assistance par le travail*, *Revue des deux Mondes*, 15 janv. 1888.

Tous ces objets, elles les achètent d'abord et elles les paient ; et les sommes qu'elles consacrent à ces achats vont directement aux producteurs de tous ces objets. Il y a pour la production encouragement égal à la somme donnée en aumônes. Dans ce cas l'effet est évident. Mais, en réalité, il n'est pas plus contestable dans le premier cas. Qu'on fasse l'aumône en nature ou qu'on se contente de donner de l'argent ; il y a toujours achat de produits, soit directement par la société de bienfaisance, soit indirectement par le malheureux secouru.

Ainsi, et c'est un point capital, la charité ne se borne pas à secourir les misérables ; elle fait travailler les ouvriers, elle est un emploi du revenu qui encourage la production aussi directement et aussi efficacement que l'épargne, tant vantée par certains économistes. Par là elle agit comme le luxe sur la répartition et elle est éminemment propre à le remplacer. La nécessité du luxe provient, nous l'avons vu, de ce que les riches ne dépensent en achats d'objets utiles qu'une partie de leur revenu. C'est parce que les besoins de nécessité des riches sont trop bornés qu'il est nécessaire que le luxe crée des besoins de superflu, et augmente la demande qu'ils font du travail. Mais la charité rend le luxe inutile, et les besoins de superflu sans objet puisqu'elle étend les besoins de nécessité des riches. En les unissant aux pauvres par un lien d'amour et de sympathie, elle leur fait ressentir en quelque sorte les besoins mêmes des pauvres, souffrir de leur dénûment et de leur faim. Elle crée en eux une source de besoins qui, sans être illimitée, est pratique-

ment presque indéfinie, puisqu'elle ne se tarira que quand tous les êtres humains seront complétement pourvus du nécessaire.

En faisant participer ceux qui n'ont pas aux biens et à la fortune de ceux qui ont, elle réalise cet idéal de communauté universelle qui est le fondement des théories de l'économie classique, et par là elle lève la contradiction entre les lois de répartition et les lois de production, ces dernières ne rencontrant plus d'obstacle à leur action dans l'appropriation individuelle, dont elle a corrigé, mieux encore que ne le faisait le luxe, les conséquences fâcheuses.

II. — Mais la charité a soulevé de nos jours bien des objections. On l'a attaquée de tous les côtés, par toutes les armes, et avec une sorte de fureur que rien n'expliquerait si l'idée de la charité n'était si intimement unie à la religion, que les coups que l'on adresse à l'une portent en même temps sur l'autre. Heureusement pour nos sociétés, ces attaques sont demeurées vaines et la charité continue son œuvre réparatrice ; ce sera seulement, pour les futurs historiens du XIXe siècle, un des traits particuliers de notre époque, qu'on ait été obligé de la défendre.

« A l'inégalité et au luxe qui en est la conséquence,
« dit M. de Laveleye, l'Église n'a indiqué qu'un remède,
« l'aumône et toujours l'aumône. Mais que reste-t-il à
« faire quand l'économie politique, appuyée sur les faits,
« démontre que l'aumône engendre l'oisiveté, la mendi-
« cité, l'inertie, l'abaissement des caractères, et qu'en
« dernière analyse elle est une iniquité, puisqu'elle est
« prélevée, d'une façon ou d'une autre, par la rente ou

« par l'impôt, sur ceux qui travaillent au profit de ceux « qui ne travaillent pas (1)? »

Qu'y a-t-il au fond de ces attaques si violentes? Remarquons tout d'abord qu'en supposant même que l'aumône ne s'adresse jamais qu'à ceux qui ne travaillent pas, parce qu'ils le veulent bien, et préfèrent l'oisiveté à l'occupation qu'on leur offre, il ne serait pas juste de lui reprocher d'être une rente prélevée sur le travail; et cela pour deux raisons bien claires: la première, c'est que le prélèvement n'est pas l'œuvre de l'aumône, mais de l'appropriation individuelle et de l'inégalité des fortunes, qui met aux mains d'une classe des ressources supérieures à ses besoins; que si l'on trouve le résultat injuste, ce n'est pas à la charité, mais à la propriété qu'il faut s'en prendre. La seconde raison est que cet emploi du revenu ne nuit en rien à la classe ouvrière qui retrouve dans la demande que font les malheureux secourus l'équivalent de ce qui a été dépensé en aumônes. L'encouragement est pour les travailleurs juste égal à celui que leur donnerait l'emploi du revenu en consommations directes; il y a seulement cette différence que des misères ont été soulagées.

Reste l'encouragement à l'oisiveté, l'abaissement des caractères, etc., etc... Est-on de bien bonne foi quand on adresse à l'aumône d'une façon générale ces critiques si aisées? Et la réponse que faisait Lamennais à ces mêmes déclamations, il y a une cinquantaine d'années, n'est-elle pas encore bien vraie. Il se demandait la raison véritable

1. *Le Luxe*, p. 77.

de toutes ces attaques et s'écriait : « Je la dirai cette rai-
« son, car il importe qu'on la sache. C'est que vos froids
« raisonnements et votre apathique philanthropie ne
« tendent qu'à détruire dans son dernier germe tout sen-
« timent d'humanité. Lorsque le christianisme s'affaiblit
« chez un peuple aussitôt on voit ce peuple embarrassé
« du malheur conspirer contre tous ceux qui souffrent.
« On invente mille prétextes pour s'exempter de les se-
« courir. Faire l'aumône à un mendiant, c'est favoriser le
« vagabondage et la fainéantise. A-t-il faim, est-il nu,
« qu'il travaille. Mais c'est un vieillard : à tout âge, il y
« a des moyens de s'occuper. C'est un enfant ; gardez-
« vous de l'entretenir dans l'oisiveté ; on ne saurait com-
« battre trop tôt les habitudes vicieuses. C'est une mère
« chargée d'une nombreuse famille ; elle le dit, mais dit-
« elle vrai ? Avant de la gratifier magnifiquement de
« quelques liards, il faudrait s'informer, on n'en a pas
« le temps. Cet autre désire du travail, en cherche et
« n'en trouve point ; c'est peut-être qu'il a mal cherché ;
« au reste on y songera. Et, en attendant, on ne donne
« point de peur du mauvais exemple. Règle générale qui-
« conque demande, dès lors est suspect ; écouter ces gens-
« là, c'est nuire au bon ordre, c'est leur nuire à eux-
« mêmes, c'est encourager la faim (1). »

La vérité est que toutes ces critiques portent à faux parce qu'elles n'atteignent que la charité mal faite. Qu'il y ait de faux pauvres qui vivent joyeusement de ce qu'ils arrachent à la commisération des cœurs sensibles, ceux

1. *Essai sur l'indifférence*, p. 401.

qui font la charité le savent bien, et point n'était besoin des lumières de la science économique pour montrer que leur faire l'aumôme c'est les encourager à la paresse et à l'oisiveté. « Il vient souvent, dit saint Ambroise, des mendiants valides, des vagabonds qui ne songent qu'à mettre à contribution le fonds des pauvres, et qui usent pour cela de toutes sortes de déguisements. Que les vrais pauvres ne soient pas sacrifiés à des fourbes, et si on ne peut toujours refuser à l'importunité, qu'on évite néanmoins de donner trop d'avantage à l'impudence (1). » « Ne donne pas, dit Saint Jérôme, à de faux indigents la substance du Christ qui appartient aux vrais pauvres (2). » Et le discernement des faux et des vrais pauvres parut si important à l'église primitive, que des clercs, des diacres, furent institués dans le but principal de visiter les indigents, et d'assurer, par une enquête préalable, une juste répartition des aumônes (3). Que les adversaires de la charité blâment donc l'aumône faite au hasard, le sou donné, au mendiant qui le harcèle par un passant insouciant ; qu'ils disent qu'il faut donner avec discernement, et ne faire la charité qu'à ceux qui en ont besoin ; ils se rencontreront en cela avec la doctrine constante de l'église. Mais vouloir de ces lacunes, de ces défaillances, de ces erreurs inévitables, car la charité, comme tout ce qui tend au bien, est chose difficile, conclure à la condamnation générale de toute charité, et, parce

1. *De off. Min.* II, 15-16.
2. Ad. Paul, Ep. 49.
3. Cpr. Ch. Périn. *De la richesse dans les sociétés chrétiennes.* Tome III, p. 350.

qu'il y a des aumônes qui s'égarent, prétendre qu'il n'y en a pas, qui tombent juste, c'est commettre à la fois une erreur et une injustice (1).

Combien plus raisonnable et plus juste est la conclusion de la belle étude que M. Maxime du Camp, consacrait tout récemment à la fausse indigence (2). Mieux que tous les économistes, il signale le péril, il montre les ruses et les déguisements si variés de la paresse et de l'oisiveté; mais comme il a grimpé dans les mansardes pour visiter les pauvres, et comme il a vu de près la pauvreté et la charité, ceux qui souffrent et ceux qui soulagent, il se garde bien de jeter l'anathème sur la charité, encore qu'il lui reconnaisse des défaillances ou des erreurs; il ne déclare pas qu'il ne faut jamais faire l'aumône, mais qu'il faut la faire avec discernement et sagesse, et il termine ainsi : « C'est dans toutes ces circonstances, et par toutes ses catégories que la population parisienne fait acte secourable. On dirait que le bien en découle comme d'une source naturelle. Si l'aumône donnée sans discernement se perd sur des individus qui en rient et en font mauvais usage, elle est clairvoyante et touche à son but même

1. Cpr. Un article de M. Fouillée intitulé : « *La philanthropie scientifique au point de vue du darwinisme* » (*Revue des Deux-Mondes* 15 septembre 1882). Dans une note M. Fouillée y condamne toutes les associations religieuses charitables, en bloc, parce que dit-il : « elles favorisent involontairement l'hypocrisie en faisant de leurs secours un moyen de propagande, et en imposant les pratiques du culte, comme condition de leurs bienfaits. » N'est-ce pas la même méthode de généralisation au moins téméraire?

2. *Revue des Deux-Mondes*, 15 janv. 1888.

lorsqu'elle s'adresse à ces grandes, à ces admirables institutions, où j'ai conduit le lecteur. Ici la charité n'a point de défaillance, et ne dévie jamais. Elle a saisi corps à corps la caducité, l'impotence, la débilité morale, la faiblesse physique ; elle ne recule devant aucun effort, devant aucun sacrifice pour les soutenir, les relever, et les rendre à l'espérance ; il y a émulation entre les sectes ; on dirait qu'elles se jalousent, et cherchent à se surpasser dans l'expansion de leurs bienfaits. Toutes, selon sa foi, ses préceptes, et sa conception de la vie future, soignent les corps dolents et parlent à l'âme immortelle. Je n'étonnerai personne en disant que l'élévation et la ferveur des croyances, conduisent à d'ineffables grandeurs. On ne se ménage pas dans ces lieux de sélection ; la parole est convaincue, les largesses sont magnifiques, le don de soi-même est sans réserve (1). »

Ne pourrait-on pas faire la même réponse à ceux qui viennent nous parler de l'abaissement des caractères, conséquence nécessaire de l'aumône, et qui opposent aux effets dégradants de l'aumône, l'influence moralisatrice du travail. Oui sans doute, tout ce qu'on dit est vrai, et l'on a cent fois raison de parler de l'influence saine et vivifiante de la tâche volontairement accomplie. Tout cela est vrai, si celui qui vit d'aumônes peut travailler et préfère mendier ; mais si la maladie ou le chômage l'ont réduit à l'impuissance, il est absolument faux de dire que l'aumône le dégrade.

1. *Loco citato*, p. 336.

C'est une doctrine funeste que celle qui professe que l'aumône dégrade, funeste aux pauvres à qui elle enlève toute espérance et ne laisse, s'ils ont le malheur d'être malades ou de manquer de travail, que la perspective de mourir de faim, mais funeste aussi aux riches qui seront trop facilement portés à se décharger, sous ce prétexte commode, d'un devoir salutaire.

Combien la doctrine catholique est plus belle et plus sage, qui, après avoir distingué les faux pauvres des vrais et ouvert largement à ceux-ci le trésor de ses aumônes, ne croit pas encore avoir assez fait, si elle ne les réhabilite à leurs propres yeux, et si elle ne les élève au dessus des riches eux-mêmes.

« N'est-ce pas aux pauvres, dit Bossuet, qu'a été envoyé, le Sauveur. Dieu m'a envoyé, nous dit-il, pour annoncer l'Évangile aux pauvres. O ! pauvres que vous êtes heureux, parce qu'à vous appartient le royaume de Dieu ! Si c'est donc à eux qu'appartient le ciel, qui est le royaume de Dieu dans l'éternité, c'est à eux aussi qu'appartient l'Eglise, qui est le royaume de Dieu dans le temps.

L'Église de Jésus-Christ était une assemblée de pauvres, et, dans sa première fondation, si les riches y étaient reçus, dès l'entrée ils se dépouillaient de leurs biens et les jetaient aux pieds des apôtres, afin de venir à l'Église, qui était la ville des pauvres, avec le caractère de la pauvreté ; tant le Saint-Esprit avait résolu d'établir dans l'origine les prérogatives éminentes des pauvres, membres de Jésus-Christ !... Et de là que conclurons-nous, sinon ce qu'a conclu le même saint Jacques,

que c'est un aveuglement déplorable que de ne pas honorer les pauvres, auxquels Dieu même a fait tant d'honneur, cette grâce de prééminence qu'il leur donne dans son Église.

Chrétiens, rendez leur respect; honorez leur condition. Honorez en les servant la mystérieuse conduite de la providence divine, qui leur donne les premiers rangs dans l'Église, avec une telle prérogative que les riches n'y sont reçus que pour les servir (1). »

C'est là on peut le dire sans hésiter qu'est la vérité et le salut pour les sociétés aussi bien que pour les individus. Honorer les pauvres et relever leur condition, c'est faire œuvre à la fois de bon chrétien et de bon citoyen. Car la charité est dans notre état social absolument nécessaire, sans elle les états ne sauraient subsister. Nous allons essayer de le montrer par quelques exemples : c'est à quoi sera consacrée la fin de ce chapitre.

III. — La meilleure aumône, ont dit parfois les adversaires de la charité, c'est l'aumône du travail. Tout le monde en convient quand le pauvre peut travailler. Mais ce travail encore faut-il le donner ; encore faut-il que celui qui souffre aujourd'hui de la faim, trouve aujourd'hui de la besogne. Or, même dans les époques de prospérité, et alors que la demande du travail peut suffire à faire vivre la classe ouvrière, bien des causes peuvent empêcher un ouvrier de trouver effectivement une occupation ; un chômage subit par exemple, joint à l'ignorance où

1. Sermon pour le dimanche de la Septuagésime sur l'éminente dignité des pauvres dans l'Église. Cpr. tout le sermon.

sont souvent les ouvriers d'une industrie de la demande du travail que font les autres industries. Comment faire pour l'employer de suite, pour lui donner sur l'heure une tâche qu'il sache ou puisse accomplir? C'est ce problème qu'essaient de résoudre bien des sociétés de bienfaisance, qui croient cependant par là faire l'aumône. Elles combinent les secours temporaires avec des besognes grossières, faciles à exécuter et n'exigeant aucun apprentissage préalable; seulement si la besogne est si facile, la rémunération sera bien faible. Les sociétés charitables ne croient nullement avilir l'ouvrier, en ajoutant au salaire qu'il a gagné effectivement un supplément, qui lui permet de vivre jusqu'à qu'il ait trouvé une occupation plus lucrative. Et puis ne faut-il pas lui laisser quelques heures au moins dans la journée pour chercher cet emploi lucratif; si l'on veut qu'il travaille, encore faut-il qu'il puisse chercher du travail. C'est sur ces principes que sont fondées beaucoup de sociétés qui dépensent des sommes considérables à faire ainsi cette aumône du travail, que certains économistes ont prêché, comme la condamnation de l'aumône. Citons entre-autres l'Œuvre de l'Assistance par le travail que M. Maxime du Camp a décrite dans un article que nous avons déjà souvent cité (1) et la belle œuvre du Patronage des libérés (2).

Voilà un cas où l'aumône semble bien inévitable d'après les principes mêmes de ses adversaires, mais elle ne paraît pas moins nécessaire lorsqu'on envisage une cer-

1. *Revue des deux Mondes*, 15 janv. 1888.
2. M. du Camp. *Revue des deux mondes*, 15 avril 1887.

taine catégorie de parias de la société, les faibles, ou vaincus du combat de la vie, et qui, en les supposant capables de travailler et occupés, en effet, ne peuvent cependant suffir à la satisfaction de leurs besoins.

« Il existera toujours à Paris (et on peut ajouter dans toute société dont l'organisation est complexe), dit M. d'Haussonville, un stock assez nombreux et difficilement réductible d'êtres humains vivant d'anxiétés, de privations, condamnés à la faim lente, et auxquels la moindre interruption dans leur travail, la moindre maladie, le moindre chômage font connaître la faim aiguë. Ce stock se compose nécessairement des moins adroits, des moins forts, de tous ceux qui apportent à leur ouvrage l'intelligence la moins développée, les bras les moins vigoureux, les doigts les moins habiles; et tous les efforts qu'ils pourraient tenter pour sortir de cet état de dénuement sont condamnés d'avance à la stérilité, par leur incapacité même (1). »

Et ce ne sont pas là des déclamations c'est le résultat d'une étude attentive de la vie, et des salaires à Paris, et c'en est la conclusion. M. d'Haussonville dresse le petit budget d'un ouvrier parisien; il arrive à un minimum de salaire nécessaire qui varie de 2 f. 75 à 4 f; il ne laisse d'ailleurs aucune place à l'épargne, ni à la prévoyance, et il fait remarquer que le chômage le plus court, la moindre maladie suffit pour renverser tous les calculs;

1. *Revue des deux Mondes* 15 avril 1883. *La vie et les salaires à Paris*; Cpr. du même écriv. *Le combat contre la Misère*, III. *La Coopération et la participation aux bénéfices. La Charité. Revue des deux Mondes*, 15 déc. 1885.

aussi ajoute-t-il. « L'homme dont le salaire quotidien oscille de 3 à 4 f. s'il ne vit pas habituellement dans la misère, est toujours à la veille d'y tomber. » A ces chiffres, qui ne concernent d'ailleurs que l'ouvrier célibataire, vivant seul, M. d'Haussonville compare ce que gagnent les ouvriers parisiens. Il constate (le compte est fait pour l'année 1876, mais les variations n'ont guère été depuis cette époque favorables à la classe ouvrière), que sur la population ouvrière parisienne 250,000 ouvriers des usines, manufactures, arts, etc... gagnent de 5, à 10 f. ou 15 f. et même, dans quelques cas rares, jusqu'à 30 f.

Mais à côté de cette classe qui forme environ les 3/4 de la population ouvrière parisienne, et dont le salaire peut passer pour suffisant, il y a la grande catégorie des hommes de peine, journaliers, etc., employés à de gros ouvrages fatigants ou pénibles, mais qui n'exigent ni grande intelligence, ni apprentissage préalable; ils sont au nombre d'environ 75.000, et leur salaire quotidien varie de 2 fr. 75 à 4 fr. ou 5 fr. Si donc 74 0/0 environ des ouvriers gagnent suffisamment il y en a au moins 22 0/0 qui gagnent seulement de 3 à 4 fr. et 4 0/0 moins de 3 fr.(1). Il y a donc, à Paris même, des ouvriers occupés et dont le salaire est réellement insuffisant ; il y en a d'autres qui ne gagnent que juste assez pour vivre avec la plus stricte économie. Qu'on réfléchisse à tous les accidents qui menacent à chaque instant l'équilibre de leur modeste budget ; qu'on pense que beaucoup de ces malheureux sont

1. *La vie et les salaires à Paris.*

peut-être mariés, et que la nourriture de leur femme et de leurs enfants double ou triple leurs besoins, et l'on comprendra de quelle nécessité absolue peuvent devenir à chaque instant pour eux l'assistance et l'aumôme. L'aumône est donc nécessaire, et, soit sous sa forme directe, soit sous une forme déguisée, comme celle de l'assistance par le travail, elle semble devoir l'être encore longtemps, sinon toujours. C'est la conclusion de M. d'Haussonville ; qu'on nous permette de citer encore ces quelques lignes : « La conclusion à laquelle nous conduit inévitablement « une étude attentive de la question des salaires serait « donc la justification économique de la charité, et puis« que aujourd'hui la charité a besoin d'être réhabilitée, « il n'était peut-être pas inutile de mettre en relief cette « première conclusion, qui ne paraîtra peut-être pas très « scientifique, mais qui, au point de vue pratique, n'en « demeure pas moins, j'en suis convaincu, la seule et la « vraie (1). »

Mais à côté, et au-dessus de cette classe inférieure d'ouvriers, réduits à un salaire effectivement insuffisant, ou bien près de l'être, il y a une classe plus large, puisqu'elle comprend la plupart des travailleurs employés par l'industrie. Ceux-là gagnent assez pour vivre ; et, sauf accidents imprévus, maladie un peu longue, chômage un peu prolongé, mort du chef de famille, etc., etc., ils n'ont pas besoin de l'aumône directe.

1. *La vie et les salaires à Paris*. Cpr. du même auteur. *Le combat contre la misère*, *Revue des deux Mondes*, 15 décemb. 1885. *Ouvriers des deux mondes* (continuateurs de Le Play), tome II, n° 48. Et Batbie, *Cours d'Economie politique*, tome II, p. 198 et suiv.

Est-ce à dire qu'ils échappent à l'action de la charité? Ce serait une erreur de le croire. Si l'on se préoccupe, et il faut le faire, d'assurer à ces ouvriers non seulement la vie quotidienne, mais une certaine sécurité pour l'avenir, si l'on essaye de les prémunir contre les causes si variées de la misère, et en particulier contre la cause la plus fréquente, la vieillesse, on s'aperçoit bien vite que leur salaire, suffisant pour assurer le présent, est absolument insuffisant pour garantir l'avenir.

Sans doute les ouvriers peuvent épargner, et en fait, il faut le constater, il y en a beaucoup qui épargnent, mais leur épargne est absolument hors de proportion, avec les besoins multiples auxquels elle devrait satisfaire. L'épargne des classes ouvrières seule ne peut résoudre le problème, et il est nécessaire que la générosité, la charité des riches y ajoute.

Nous nous bornerons sur ce point à renvoyer aux études de M. d'Haussonville « Le Combat contre la misère (1). » M. d'Haussonville analyse l'un après l'autre tous les remèdes proposés, tous les moyens employés ou tentés pour soustraire les ouvriers au spectre toujours menaçant de la misère, et il en constate tristement l'impuissance, si la charité ne les soutient et ne les féconde. L'association seule est impuissante comme remède général, l'épargne tout à fait insuffisante; les sociétés de secours mutels n'arrivent à distribuer à leurs membres que des pensions dérisoires ; sur 14.963 pensions, dont on a pu relever les chiffres, 88 seulement sont supérieures à

1. *Revue des deux Mondes*, 15 mars, 1er juillet, et 15 déc. 1885.

300 fr. par an, 418 à 200 fr., et il y en a 12,105 qui oscillent entre le minimum de 30 fr., et le chiffre absolument insuffisant encore de 100 fr. Ces chiffres sont d'ailleurs établis pour les hommes ; s'il s'agissait des femmes, ils seraient beaucoup trop élevés. Les sociétés de coopération, malgré des effets excellents ne résolvent pas davantage la question, parce que, s'adressant presque uniquement à l'élite des ouvriers, elles laissent en dehors de leur action, les plus nombreux et les plus malheureux.

La conclusion de M. d'Haussonville c'est la charité ; « de tous les remèdes contre la misère, dit-il, le plus efficace sera toujours de donner (1). » On voit combien, dès qu'on interroge les faits, et dès qu'on quitte les théories d'école pour descendre dans la pratique des choses, la charité s'impose comme une condition nécessaire et presque fatale de l'existence des sociétés.

IV. — Parmi les formes si diverses que prend la charité pour remédier aux insuffisances de salaires, il en est un qu'il est intéressant de remarquer, parce qu'il en pourra peut-être sortir un jour un principe très général et très puissant d'action.

La charité au lieu d'ajouter à un salaire insuffisant un supplément en nature ou en argent, contribue parfois, par une action directe exercée sur le contrat de louage, à élever le taux même du salaire.

Le fait existe et peut s'observer, bien qu'il ne soit pas très fréquent, et Stuart-Mill, le remarque très bien. « Un

1 *Loco citato*, 15 déc. 1885.

grand nombre de personnes qui en ont les moyens, dit-il, paient leurs domestiques bien plus cher qu'elles ne paieraient sur le marché du travail le premier venu, tout aussi capable que leur domestique de faire le service requis. Elles agissent ainsi, non pas par ostentation, mais par des motifs plus raisonnables, soit parce qu'elles veulent être servies avec zèle, et que ceux qu'elles emploient tiennent à rester à leur service ; soit parce qu'il leur déplaît d'avoir continuellement autour d'elles et sous les yeux, des gens qui aient l'aspect et les habitudes, que donne ordinairement, une rémunération médiocre. Des sentiments semblables produisent le même effet sur les hommes d'affaires, quant à leur commis et employés. La libéralité, la générosité, le soin de sa propre considération, sont les motifs, qui agissant avec plus ou moins de force sur le patron, l'empêche de tirer avantage de la concurrence, autant qu'il le pourrait. Sans doute les motifs de cet ordre peuvent agir et agissent en effet sur les entrepreneurs, dans toutes les grandes branches de l'industrie, et l'on doit désirer qu'il en soit ainsi (1). »

C'est cette influence bienfaisante que l'on pourrait sou-

1. *Principes d'économie politique*, livre II, chap. XIV, § 7. Cpr. pour l'influence des causes morales sur le salaire. Ch. Périn, *De la richesse, etc., etc.*, II, p. 14. Leroy Beaulieu, *Essai sur la répartition*, ch. XIV. Stuart Mill ajoute, il est vrai, que le fonds des salaires étant strictement limité, l'augmentation de certains salaires diminue nécessairement la part des autres ; mais il faut supposer pour cela que tout le capital qu'on peut employer en salaires, est employé en fait, ce qui n'est rien moins que certain, on l'a vu plus haut.

haiter de voir répandue et généralisée. Pourquoi une certaine libéralité des classes riches dans leurs dépenses ne corrigerait-elle pas la rigueur de la loi de l'offre et de la demande ? Il pourrait y avoir là action puissante, non-seulement pour le soulagement des misères, mais pour l'amélioration du sort des classes salariées.

L'obstacle à la généralisation de ces effets est, semble-t-il, dans la complexité des rouages sociaux, dans le nombre infini des intermédiaires qui, s'interposant entre celui qui a fabriqué le produit et celui qui l'achète, les masquent l'un à l'autre. Mais cet obstacle est-il insurmontable? Tout d'abord il faut remarquer que dans les industries du luxe, la libéralité avec laquelle on paye le produit achevé, réagit effectivement sur le taux du salaire et amène cette élévation relative que nous avons constatée (1). Pourquoi n'en serait-il pas de même, au moins pour certaines industries assez restreintes et qui ne mettent pas plus d'intermédiaires que celles du luxe entre l'ouvrier et l'acheteur ? Mais surtout ne pourrait-on par de vastes associations comme celle qui se sont formées en Angleterre pour la protection des femmes employées par les grands magasins, exercer sur la rémunération accordée aux ouvriers d'une industrie, un contrôle sérieux, et s'assurer ainsi que la prime payée par la charité de l'acheteur ne reste pas toute entière aux mains des intermédiaires. Il y aurait là, semble-t-il, une force qui pourrait aider au relèvement de la condition des classes ouvrières.

1, Voir chap. VI.

La religion lui serait un auxiliaire puissant, en faisant de la charité un devoir strict et en enseignant que c'est un péché pour le chrétien de réduire à outrance le salaire de l'ouvrier (1). Espérons que l'avenir saura généraliser cette action, de nos jours très restreinte, et utiliser cette force pour le soulagement du plus grand nombre.

V. — « Le Christianisme avait raison : s'écrie un des adversaires de la charité, M. de Laveleye ; à la fin de son étude du luxe, richesse oblige ; ceux qui disposent du produit net du pays doivent employer leur superflu non à raffiner les jouissances matérielles, ou à surexciter les malsaines satisfactions de la vanité et de l'orgueil, mais à des œuvres d'utilité générale, comme le font déjà plus d'un citoyen américain, et plus d'un souverain européen. L'Evangile a apporté le salut même en ce monde. Les démocraties antiques ont péri dans la corruption et dans les guerres civiles, parce que, fondées sur l'esclavage, elles n'ont pas su organiser la justice. La démocratie moderne échappera à ces périls, si elle parvient à réaliser l'idéal proposé par le Christ, et dont la Cène des premiers temps était l'image, c'est-à-dire la vraie fraternité humaine (2). »

C'est bien en effet l'esprit de l'Evangile que cette charité surabondante, se dépensant en œuvres de toutes sortes, et reportant sur la société entière le trop plein de son amour, et de ses bienfaits.

C'est de cette charité que sont sorties ces innombrables fondations pieuses du moyen-âge, qui en face des pouvoirs

1. Cpr. Mounier, *de l'action du clergé*, tome III, page 25.

2. *Le luxe*, page 88.

impuissants et des sociétés en désarroi, prenaient et portaient seules le fardeau des services publics. Ce sont les fils de la charité, ces moines de tous ordres et de tous costumes, qui, dans cette période de trouble et d'angoisse qui marque la fin des sociétés anciennes, se sont lancés à l'assaut de la barbarie et de l'ignorance, et qui, convertissant les barbares, et défrichant les forêts de la Gaule ou de la Germanie, apprenant aux Saxons et aux Francs à prier et à travailler la terre, ont préparé le développement de richesse et de bien-être, dont les civilisations modernes s'enorgueillissent. C'est à la charité que nos pères ont dû tout ce qui a préparé la renaissance de la vie sociale, après les terribles secousses des invasions barbares; c'est elle, qui multipliant les travaux utiles, routes, ponts, hospices, hôpitaux, etc., etc., hôtelleries gratuites toujours ouvertes à tous, a permis à l'agriculture de se développer, à l'industrie et au commerce de renaître. Enfin c'est à la charité et presque à elle seule que l'on doit l'instruction publique de l'ancien régime, si calomniée, et dont des études récentes, entre autres celles que M. Duruy, ont si bien mis à relief les mérites et la valeur; c'est elle qui a ainsi préparé le développement de l'enseignement dont notre siècle est si justement fier.

Ce que la charité a fait, elle peut le faire encore, et il y a là un champ presque sans limites qui s'ouvre devant elle; elle s'y avance résolument. Déjà de tous côtés se recommence l'œuvre interrompue brutalement par les spoliations de la Révolution. Dejà hôpitaux, couvents, asiles, écoles, facultés, s'ouvrent partout pour suppléer à

des besoins nouveaux et que l'État, qui succombe à sa tâche, ne peut satisfaire. Elle n'attend pour prendre un développement en harmonie avec les besoins qu'elle doit et peut soulager qu'un peu de sécurité, et la certitude que les spoliations de la veille ne seront pas encore l'histoire de demain. Malgré tous les obstacles qu'on accumule sous ses pas, elle progresse tous les jours. De tous côtés, chrétiens et indifférents, laïcs et prêtres, rivalisent d'ardeur, et pour ne citer qu'un fait, c'est par l'aumône que s'élève l'institut Pasteur, don de la charité à la France et au monde.

Dans cette œuvre la charité sera puissamment aidée par le mouvement de réaction qui s'annonce de tous côtés, contre les excès de la centralisation commencée par l'ancien régime et si bien achevée par la révolution. En face de l'Etat omnipotent, s'ingérant dans toutes les questions et accaparant toutes les forces sociales, on cherche de tous côtés des principes d'action privés pour faire équilibre à sa puissance. On les cherche en vain dans les traditions locales depuis longtemps oubliées et que le mouvement révolutionnaire a définitivement anéanties. Ne pourrait-on les trouver dans des associations de charité, dans des fondations pieuses ou athées, n'importe, mais reposant sur cette idée féconde de charité ? Par la variété et la souplesse de leur mécanisme, ces œuvres satisferaient à tous les besoins et préviendraient tous les périls. Par la limitation de leur mission et de leur but, elles éviteraient la tyrannie qui résulte trop souvent de l'action directe de l'Etat; enfin par la libre expansion de leurs forces sous le contrôle supérieur des

lois, par l'ardeur, l'esprit d'initiative, de concurrence même, qui sont le propre des associations privées, elles donneraient pleine satisfaction aux aspirations les plus variées. On cherche à décentraliser: qu'on constitue des forces distinctes de l'Etat, ou plutôt qu'on renonce à combattre et à étouffer celles qui naissent d'elles-mêmes, ce sera la véritable décentralisation. On se plaint, et avec raison, du fardeau sous lequel succombent les nations modernes, de l'écrasante progression des impôts, qu'on fasse appel à la charité, ou plutôt qu'on la laisse librement se développer, et le tribut qu'elle paiera volontairement dépassera le résultat des impôts les plus productifs. Si on en doutait, qu'on se rappelle seulement qu'avant 1789 il n'y avait ni budget de l'instruction publique, ni budget de l'assistance publique. La charité y avait pourvu, tant il est vrai que la charité est la grande loi sociale, et que vouloir ici-bas s'en passer, c'est contredire, en même temps que les lois économiques, les lois essentielles des sociétés.

CONCLUSION.

La charité est en effet le fond de toute la vie sociale, et l'harmonie est le grand besoin des sociétés. Et dans nos sociétés, où les forces se brisent et s'émiettent sous le souffle de l'individualisme, tous les esprits le comprennent et tous les cœurs le sentent. Un grand mouvement pousse les individus et les sociétés à la recherche d'un principe supérieur de paix et de concorde.

Une des conceptions philosophiques les plus répandues de nos jours aboutit, par la conséquence logique de ses principes, à la lutte perpétuelle pour l'existence, et au sacrifice nécessaire des faibles. C'est la théorie de l'évolution, qui n'est au fond que la glorification fataliste des forces aveugles de la nature. Personne pourtant qui en accepte franchement la conclusion sociale, et se résigne à ne rêver d'autre avenir pour les sociétés qu'un éternel combat sans merci et sans trêve. Tandis qu'en Angleterre on essaye d'échapper à la rigueur de ces conséquences en opposant au sentiment primordial de l'égoïsme, base de tout système, les effets de ce qu'on nomme l'altruisme, en France, un des esprits qui a le plus contribué à donner aux théories évolutionnistes, une forme philosophique; M. Fouillée donne comme fin dernière aux sociétés la suppression de la lutte et des conflits, par la réalisation d'un certain idéal supérieur de fraternité et de justice. Il rejette les conséquences trop rigoureuses de

l'évolution, où il proteste contre le sacrifice des faibles. « Faut-il se plaindre, s'écrie-t-il, de ce qu'un Pascal, un Spinosa ont été arrachés à la mort, dont les menaçait dès l'adolescence leur constitution débile (1)? » Et il essaye de rétablir dans le monde, d'où l'évolution a chassé la charité, un principe de concorde et d'harmonie. Seulement il l'appelle d'un nom différent. C'est à la fraternité et à la justice, ou pour prendre ses expressions « à la justice réparative » qu'il demande le salut des sociétés.

Quelques puissent être d'ailleurs les différences philosophiques de la charité et de la justice, les effets sociaux en semblent bien identiques; la justice réparative consiste essentiellement d'après M. Fouillée à sacrifier sa propre fin et son propre bonheur à la fin et au bonheur d'autrui, ou plutôt à faire de la fin et du bonheur d'autrui, sa fin et son bonheur propres. Or c'est là aussi tout le fond de la charité. La justice, il est vrai, est un devoir strict, tandis que l'amour se surajoute au devoir strict. Mais il faut prendre garde que la justice réparative, bien qu'imposée comme devoir, n'est fortifiée d'aucune sanction sociale. C'est une loi de justice qu'aucune justice humaine ne doit appliquer, c'est un devoir auquel ne correspond aucun droit. Elle ne sera accomplie que par la libre volonté de l'individu, sans contrainte et sans contrôle. Dans ces termes, la justice réparative semble bien voisine de la charité, que le langage des Pè-

1. *La philanthropie scientifique au point de vue du darwinisme Revue des deux Mondes*, 15 septembre 1882.

2. *La fraternité et la justice réparative selon la science sociale contemporaine. Revue des deux Mondes*, 15 janv. 1880.

res de l'Eglise a souvent nommée du nom de justice. Car la charité est aussi pour le chrétien un devoir strict, écoutez Bossuet, « Mais, dites-vous, je l'ai amassé le « superflu justement, il fallait donc le dépenser de même. « Il ne suffisait pas de ne pas faire de rapines : vous avez « tué ceux que vous n'avez pas assistés. » Peut-on commander plus impérieusement. La seule différence sera donc la sanction, celle de la justice réparative ne peut-être qu'un vague sentiment de désapprobation de la conscience. La sanction de la charité chrétienne c'est la vie de l'autre monde, ce sont les peines éternelles. « C'est « donc une chose claire dit Bossuet et qui n'a pas de dif- « ficultés que le refus de l'aumône est une cause de dam- « nation (1). »

Ainsi la loi de charité n'est pas moins essentielle dans le monde des intérêts moraux que dans le monde économique. Qu'on écoute un écrivain que nous avons déjà cité souvent, et dont l'opinion sera d'autant moins suspecte qu'il a combattu les doctrines des économistes catholiques. « La charité, dit M. d'Haussonville, en terminant ses études sur le combat contre la misère, est une loi éternelle, qui paraît destinée dans le plan divin à corriger en partie les conséquences les plus rigourenses de l'inégalité des conditions. Si à cette loi tous les hommes prêtaient obéissance, la question sociale serait pour le coup bien près d'être résolue » (2).

La solidarité et l'union voilà les éternels besoins des

1. Sermon sur l'aumône.
2. *Revue des deux Mondes*. 15 décembre 1885.

sociétés. La société moderne les ressent plus vivement qu'aucune autre. L'émiettement des forces sociales, l'individualisme rêvé par les théoriciens du XVIIIe siècle et si imprudemment imposé par les lois de la Révolution, a produit aujourd'hui toutes ses conséquences. Et on s'effraye de cet affaiblissement de l'individu et de cette omnipotence de l'état qui en est la conséquence nécessaire. De tous côtés on essaye de reconstituer des forces sociales. La charité seule peut par son principe d'amour et d'harmonie supérieurs accomplir cette rénovation.

C'est que la charité est la grande loi sociale : là où elle est oubliée, la main de l'Etat s'appesantit sur les individus pour faire régner l'ombre et l'apparence au moins de l'harmonie. C'est donc à elle qu'il faut toujours revenir dans toutes les questions sociales parce qu'elle est le principe même de la vie des sociétés.

POSITIONS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

I. — Le taux du huitième fut dès le commencement de l'empire, le taux du *portorium* pour les marchandises de provenance étrangère.

II. — La loi Oppia *de cultu mulierum* fut une mesure financière bien plus qu'une loi somptuaire.

III. — La loi Voconia n'a pas établi un véritable impôt sur les successions.

IV. — Après le régne de l'empereur Tacite il n'y a plus de lois somptuaires véritables en droit romain.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT ROMAIN

I. — Le père a droit au retour de la dot profectice, quand la fille meurt *in matrimonio*, même si elle laisse un enfant.

II. — Le père a droit au retour de la dot qu'il a constituée à sa fille, qui au jour de la dissolution du mariage est émancipée.

III. — Sous l'empire de la Novelle 118, lorsque le *de cujus* ne laisse comme héritiers que des neveux et des nièces le partage de la succession se fait entre eux *in stirpes*.

IV. — Le père qui vient à la succession de son enfant, perd, dans le droit de Justinien, l'usufruit qu'il possédait sur ses biens adventices.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — La femme commune en bien, peut, bien qu'elle ait accepté la communauté, faire valoir son hypothèque légale sur les conquêts de communauté.

II. — Le jugement passé en force de chose jugée qui condamne un héritier en qualité d'héritier pur et simple, n'a d'effet qu'à l'égard du créancier qui l'a obtenu.

III. — Le locataire d'un bail de chasse ne peut se prévaloir de l'article 1743 du Code civil vis-à-vis de l'acquéreur du domaine dont il a loué la chasse.

IV. — Le propriétaire d'une maison incendiée qui prouve que le feu a pris chez un de ses locataires ne peut lui réclamer que la part des dommages causés par l'incendie afférente à l'appartement que ce locataire occupait.

MATIÈRES DIVERSES

I. — La simple détention d'appareils contrefaits, même par un commerçant et pour les besoins de son commerce, ne constitue pas le délit de contrefaçon.

II. — L'obligation de payer le montant des actions d'une société anonyme, dont la conversion au porteur n'a pas été autorisée par l'assemblée générale, grève même le tiers acquéreur qui a revendu l'action lors de l'appel de fonds.

III. — Les jugements interlocutoires qui admettent ou rejettent un mode de preuve ont force de chose jugée quant à l'admission ou au rejet de ce mode de preuve.

IV. — La résolution du contrat d'échange n'est pas soumise au droit proportionnel d'enregistrement.

V. — Les règles de perception des droits d'enregistrement admises en matière de partage sont applicables à tout acte qui fait cesser l'indivision d'une matière définitive même vis-à-vis d'un seul des cohéritiers.

Vu par le Président de la thèse,
P. CAUWÈS

Vu par le Doyen,
E. COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION 5
CHAPITRE PREMIER. — La loi des XII Tables. 13
» II. — Les premières lois somptuaires, Caton le Censeur. 31
» III. — La fin de la République 62
» IV. — Le Luxe et les empereurs. 82
» V. — Les impôts somptuaires. Conclusion. . . . 101

ÉCONOMIE POLITIQUE

CHAPITRE PREMIER. — Définitions et méthodes. 117
» II. — La question économique du luxe. 137
» III. — Effets généraux du luxe 153
» IV. — Effets spéciaux du luxe sur la répartition 168
» V. — Luxe et épargne. 185
» VI. — La question sociale du luxe 200
» VII. — Le luxe et la religion catholique. 213
» VIII. — La charité 223
CONCLUSION. 246
POSITIONS. 250

Imp-imerie des Écoles HENRI JOUVE, 23, Rue Racine. Paris.

Imp. des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, PARIS.

